Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts.

Die Aktien und die Genußtitel der A. G., die Anteilscheine der G. m. b. H. und die Genossenschaftsanteilscheine.

(Nach dem geltenden OR und den Revisionsentwürfen.)

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG

DER WÜRDE EINES DOCTOR IURIS UTRIUSQUE

DER

UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

JEAN CONTAT

aus **Monthey** (Wallis)

ZÜRICH 1932

Diss.-Druckerei A.-G. Gebr. Leemann & Co.

Stockerstr. 64.

Wertpapiere und Beweisurkunden des Gesellschaftsrechts.

Die Aktien und die Genußtitel der A. G., die Anteilscheine der G.m.b.H. und die Genossenschaftsanteilscheine.

(Nach dem geltenden OR und den Revisionsentwürfen.)

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR ERLANGUNG

DER WÜRDE EINES DOCTOR IURIS UTRIUSQUE

DER

UNIVERSITÄT BERN

VORGELEGT VON

JEAN CONTAT

aus **Monthey** (Wallis)

ZÜRICH 1932

Diss.-Druckerei A.-G. Gebr. Leemann & Co.

Stockerstr. 64.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung 1

1. Kapitel: Die Mitgliedschaft.

I. Allgemeine juristische Begriffsbestimmung 5
II. Das Mitgliedschaftsverhältnis bei der A. G. 6
III. Das Mitgliedschaftsverhältnis bei der G. m. b. H. 8
IV. Das Mitgliedschaftsverhältnis bei der Genossenschaft . . . 15

2. Kapitel: Die Urkunden.

I. Die Aktie 25
1. Begriff. Beweisurkunden und Wertpapiere 25
2. Die Inhaberaktie 39
3. Die Namenaktie 49
4. Die Genußtitel 63
A. Die Genußscheine 64
B. Die Genußaktien 68
II. Der Anteilschein der G. m. b. H. 70
1. Ausgabe 70
2. Rechtliche Natur 72
3. Der Anteilschein und die Übertragbarkeit der Mitgliedschaft . 75
4. Der Anteilschein bei der Teilung der Gesellschaftsanteile. Teilanteilscheine 77
5. Der Anteilschein in der ausländischen Gesetzgebung . . . 80
III. Der Genossenschaftsanteilschein 82
1. Ausgabe 82
2. Juristische Natur 85
3. Die Regelung des Rev. E. III. 89

Einleitung.

Urkunden wie der Wechsel und der Scheck sind eindeutig nur dazu bestimmt, Gegenstand einer raschen Verkehrsabwicklung zu sein. Klar wie ihre wirtschaftlichen Funktionen als Kredit- und Zahlungsmittel ist auch ihre rechtliche Natur als Wertpapiere. Daneben kennt das Handelsrecht eine Reihe Urkunden, deren Bedeutung im Verkehr und juristischer Charakter umstritten ist. An diese knüpfen sich eine Anzahl Fragen, die weder von der Wissenschaft, noch von der Praxis restlos gelöst worden sind.

In dieser Abhandlung sollen dargestellt werden: die Aktien in ihren verschiedenen Formen und die Genußtitel (Genußscheine und Genußaktien) der A. G., ferner die Anteilscheine der G. m. b. H. und der Genossenschaftsanteilschein.

Die Festlegung der juristischen Natur dieser Urkunden ist das Hauptziel unserer Arbeit. Unser Problem ist im Anschluß an allgemeine Fragen des Wertpapierrechts zu betrachten. Daher werden als Grundlage unserer Erörterungen über die einzelnen Papiere (Kap. II) Begriff und Wesen der Wertpapiere und ihre Abgrenzung von den einfachen Beweisurkunden in großen Zügen zu berücksichtigen sein.

Der Unterschied im Verhältnis von Papier und Recht trennt die Wertpapiere von den Beweisurkunden. Doch werden wir sehen, daß dieses Verhältnis nicht nur mit der Rechtsnatur der hier behandelten Urkunden zusammenhängt, sondern auch auf das ganze innere Wesen der Gesellschaften, die sie ausstellen, von größtem Einfluß ist. Ob die Mitgliedschaftsurkunden als Wertpapiere oder als Beweisurkunden ausgegeben sind, davon hängt die mehr oder weniger leichte Abtretbarkeit der Mitgliedschaft ab. Wir berühren hier, und darauf wird im Laufe dieser Darstellung wiederholt hinzuweisen sein, ganz allgemeine Grundlinien des Rechts der modernen gesellschaftlichen Organisationsformen.

Wir werden erkennen, daß die Rechtsnatur dieser Papiere — bestimmt durch die privatrechtliche Bedeutung der Urkunde für das verbriefte Recht — eine direkte Folgeerscheinung des ver-

schiedenen Aufbaues der kollektivistischen Verbände, der kapitalistisch gefärbten Vereinigungen (A. G.) einerseits und der mehr personalistisch gefärbten (G. m. b. H., Genossenschaft) andererseits ist.

Was versteht man unter diesen beiden Bezeichnungen und in welchem Zusammenhang mit der inneren Struktur einer Gesellschaft steht der juristische Charakter der Mitgliedschaftsurkunde?

Als kapitalistisch aufgebauter Verband soll hier eine gesellschaftliche Organisation verstanden werden, bei welchem sich der Umfang des mitgliedschaftlichen Rechtsverhältnisses sowohl nach vermögensrechtlicher wie nach verwaltungsrechtlicher Seite einzig und allein nach der Kapitalbeteiligung des Mitgliedes bemißt. Die Mitgliedschaft folgt dem rechtlichen Schicksal des Vermögensbeitrags. Nicht die persönliche, sondern die finanzielle Beteiligungsstärke des Mitgliedes bildet das Hauptinteresse der Gesellschaft. Ihre Tendenz liegt rein in der Erzielung einer möglichst hohen und gleichmäßigen Dividende. Die kapitalistisch organisierte Gesellschaft wendet sich zur Aufbringung ihrer Betriebsmittel an die ökonomischen Kräfte der breiten Oeffentlichkeit, die sie dadurch anzulocken sucht, daß sie ihr umlaufsfähig, mit einem jederzeit umsetzbaren inneren Wert behaftete Urkunden als Entgelt gibt. Die übertragbare und vererbliche Mitgliedschaft ist mit der Urkunde wertpapiermäßig verknüpft. Diese Wertpapiere werden wie Sachen mit der größten Fungibilität ausgerüstet. Ein Wechsel in der Person ihrer Mitglieder berührt die Gesellschaft nicht, in erster Linie, weil ihr die Kapitalbeteiligung in der Werturkunde weiter verkörpert erhalten bleibt. Eine Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses, eine Rückziehung des Vermögensbeitrages ist ausgeschlossen.

In der personalistisch gefärbten Gesellschaft tritt hingegen die Kapitaleinlage in ihrer Bedeutung hinter die persönliche Beteiligung des Mitgliedes zurück. Das Maß mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten ist nicht nur eine Funktion der Vermögenseinlage. Daher trifft das Ausscheiden eines Mitgliedes auch bei gleichzeitigem Eintritt eines neuen die ganze Gesellschaft. Der Wechsel der Mitglieder kann deshalb nicht ohne ihr Mitwirken durch bloße rechtsgeschäftliche Abtretung der Mitgliedschaft erfolgen. Bewußt wird daher die Mitgliedschaft nicht mit einer Urkunde verbunden und der Zirkulation übergeben. Allfälligen Mitgliedschaftspapieren kann nur Beweisfunktion zukommen.

Eine Anwendung dieser theoretischen Unterscheidungsmerkmale auf alle Gesellschaftsformen ist bei der Fülle der Erscheinungen nicht in absoluter Weise möglich. „Keiner Gesellschaftsform ist von Rechts wegen ein bestimmter Typus derart zwingend aufgeprägt, daß eine gegenseitige Annäherung ausgeschlossen wäre“[1]).

Wir treffen in der A. G. eine reine Form der Kapitalgesellschaft. Dagegen ist die Genossenschaft nach der Regelung des dritten Revisionsentwurfs (1928) eine stark personalistisch aufgebaute Verbandsform. In der G. m. b. H. und in den verzerrten genossenschaftlichen Gebilden, die das schweizerische Wirtschaftsleben ausgebildet hat, den sog. Kapitalgenossenschaften, treten uns typische Beispiele von Zwischengebilden und Mischformen entgegen.

Die Behandlung der urkundlichen Verbriefung der Mitgliedschaft gibt uns wertvollen Aufschluß über wesentliche Unterschiede von A. G., G. m. b. H. und Genossenschaft.

---

[1]) Wieland. Handelsrecht I, S. 478.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544718_0019

1. Kapitel.

Die Mitgliedschaft.

I. Allgemeine juristische Begriffsbestimmung.

Die in dieser Arbeit zu untersuchenden Urkunden des Gesellschaftsrechts, die aktienrechtlichen Papiere, der Anteilschein der G. m. b. H. und der Genossenschaftsanteilschein haben u. a. als gemeinsames Merkmal, daß sie nicht bloß über ein einzelnes Recht ausgestellt sind[1]), sondern in einem bestimmten Verhältnis zu einem ganzen Komplex von Rechten und Pflichten stehen, der hier unter der Bezeichnung „Mitgliedschaft" zusammengefaßt ist. Ihre rechtliche Natur wird bedingt durch den Charakter der Wechselbeziehung des Papiers zu dem beurkundeten Rechtsverhältnis.

Bevor wir an die eingehende Darstellung der juristischen Eigenheiten dieser Gesellschaftsurkunden herantreten, muß in erster Linie der sich aus der Zugehörigkeit zu einer Gesellschaft des Handelsrechts ergebende Rechtskomplex, über den sie ausgestellt sind, näher beleuchtet werden.

Das Wort Mitgliedschaft bezeichnet den juristischen Begriff für einen wirtschaftlichen Zustand: Das Globalverhältnis eines Gesellschafters der Gesellschaft gegenüber. Die Wissenschaft hat sich, allerdings ziemlich fruchtlos, bemüht, das Mitgliedschaftsrecht eindeutig zu definieren. Die Versuche der Konstruktion als Forderungs-, Sachen- oder Personenrecht sind m. E. von vornherein dem Scheitern gewidmet. Die Nutzlosigkeit der versuchten Einreihung in eine bestimmte Kategorie von subjektiven Rechten zeigt die jetzt allgemein übliche Bezeichnung als „Komplexrecht", als eine „Summe von Rechten und Pflichten", oder als „Gesamtstellung des Gesellschafters der Gesellschaft gegenüber"[2]). Dieses Kom-

[1]) Wie z. B. der Wechsel über ein Forderungsrecht, der Grundschuldbrief über ein Sachenrecht usw.

[2]) Darüber die grundlegenden Ausführungen Neukamps in der Z. H. R. Bd. 57 S. 1 ff. Neukamp geht vom speziellen Beispiel der G. m. b. H. aus. Seine Ausführungen gelten aber für alle Handelsgesellschaften.

plexrecht hat sowohl Forderungsrechte (Dividendenrecht, Anspruch auf Liquidationsquote) als auch Persönlichkeitsrechte (Stimmrecht, Mitverwaltungsrecht, Anfechtungsrecht) zum Inhalt.

Der Verschiedenartigkeit der Mitgliedschaft wird man am besten gerecht, wenn man ihre Ausgestaltung in den drei hier herangezogenen Gesellschaftsformen und die charakteristischen Merkmale der aus dem Mitgliedschaftsverhältnis resultierenden Rechte und Pflichten untersucht.

II. Das Mitgliedschaftsverhältnis bei der A. G.

Die A. G. ist begrifflich eine kapitalistisch organisierte Handelsgesellschaft, aufgebaut auf einem Grundkapital, das in Anteile zerlegt ist. Ihrer Struktur nach ist sie juristische Person.

Das kapitalistische Prinzip äußert sich in der Ordnung der Mitgliedschaft. Originär wird diese erworben durch Zeichnung eines Bruchteils des zum voraus bestimmten Grundkapitals. Jedem Anteil entspricht eine der Mitgliedschaftsstellen, deren Zahl von vornherein durch das Verhältnis des Nennwerts des einzelnen Anteils zum Grundkapital festgesetzt ist. Eine einzelne physische oder juristische Person kann mehrere Anteile übernehmen, daher mehrfach die Mitgliedschaft inne haben. Jedes Anteilsrecht, jede Mitgliedschaft ist frei veräußerlich und vererblich. Die Mitgliedschaft ist in einer zirkulationsfähigen Werturkunde verbrieft, die Uebergabe des Papiers überträgt sämtliche Rechte.

Mit dem Worte „Aktie" bezeichnen die Gesetze, sowie der allgemeine wissenschaftliche Sprachgebrauch drei Erscheinungen: 1. einen beliebig großen Teilbetrag des Grundkapitals (so im OR. Art. 612 und Rev. E. III Art. 619), dann 2. extensiv, den Inbegriff der Rechte und Pflichte des Gesellschafters der Gesellschaft gegenüber, die Globalmitgliedschaft (in diesem Sinne in OR. 614, und Rev. E. III Art. 622), ferner 3. die Urkunde, durch welche die Mitgliedschaft verkörpert wird, den Aktienbrief (z. B. im OR. Art. 623, 636,1, 638 und Rev. E. III Art. 621, 623, 683 ff.[3]).

[3]) Diese Dreiteilung des Begriffs Aktie findet sich mehr oder weniger deutlich ausgedrückt in der ganzen Literatur. Vgl. statt aller aus den neu erschienenen Werken Curti, Aktien- und Holdinggesellschaft in der Schweiz 1930, S. 48.

Die Aktie in ihrer dritten Bedeutung als Mitgliedschaftsurkunde wird in Kap. 2 untersucht. Hier sollen die mit der Aktie als Inbegriff des gesamten Mitgliedschaftsverhältnisses verbundenen Rechte und Pflichten des Gesellschafters allgemein, hauptsächlich im Hinblick auf ihren vertretbaren Charakter, auf ihre Uebertragbarkeit, geprüft werden. Denn es ist selbstverständlich, daß die Verkörperung der Mitgliedschaft in einem umlaufsfähigen Wertpapier nur möglich ist, wenn die mitgliedschaftlichen Leistungen vor allem derart beschaffen sind, daß sie von jedermann unter bestimmten Umständen erbracht werden können. Bei der A. G. überwiegen vermögensrechtliche Momente gegenüber den persönlichen. Demnach ist auch für den Umfang der Mitgliedschaft die Höhe der finanziellen Beteiligung maßgebend.

Die Rechte aus der Mitgliedschaft, seien sie persönlicher Natur, wie die Verwaltungsrechte (z. B. das Stimmrecht) oder vermögensrechtlicher (wie das Recht auf Dividende und auf Liquidationsquote) sind ohne weiteres übertragbar. Pflichten rein persönlicher Art sind mit der Mitgliedschaft keine verbunden. Insbesondere steht die Geschäftsführung der A. G. nicht den Mitgliedern als solchen zu. Doch ist die Mitgliedschaft regelmäßig Vorbedingung der Organschaft[4]). Diese selbst aber gründet sich auf Bestellung[5]), d. h. auf besonderes Anstellungsverhältnis, das nach den Vorschriften über den Dienstvertrag bestimmt wird[6]).

Mit der Zugehörigkeit zur A. G. ist keine andere mitgliedschaftliche Pflicht verbunden als diejenige zur Einzahlung eines Vermögensbeitrages, der Kapitaleinlage. Diese Pflicht ist durch den Ausgabepreis der Aktie begrenzt. Eine Nachschußpflicht besteht ebensowenig wie die Pflicht zu weiteren nicht in Geld bestehenden Leistungen über die Kapitaleinlage hinaus. Die Haftungsverhältnisse für diese Einzahlungspflicht sind dabei verschieden, je nachdem

---

[4]) An der Generalversammlung der A. G. sind nur Aktionäre teilnahmeberechtigt. Ferner müssen alle Mitglieder der Verwaltung Aktionäre sein (OR. 649, Rev. E. III Art. 704). Vgl. ferner die Pflicht der Mitglieder der Verwaltung während der Dauer ihres Amtes, die statutenmäßig festgesetzte Anzahl Aktien zu hinterlegen. OR. Art. 658 und Rev. E. III Art. 706.

[5]) Daher das für diese Verwaltungsform geprägte Wort der Drittorganschaft im Gegensatz zur Form der Selbstorganschaft, die wir bei Personalgesellschaften finden und wo den Mitgliedern als solchen die Geschäftsführung (oft als Pflicht) grundsätzlich zusteht.

[6]) Vgl. dazu die allgemeinen Ausführungen Wielands a. a. O. S. 475.

über den Aktienbetrag ein Inhaberpapier (Inhaberaktie) oder ein Orderpapier (Namenaktie) ausgegeben wurde. Wir werden auf diesen Unterschied bei der Hauptdarstellung der Rechte und Pflichten aus der Aktienurkunde, die sich mit denjenigen aus der Mitgliedschaft (Aktienurkunde = verkörperte Mitgliedschaft) decken, hinzuweisen haben. Durch das Verhältnis mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten und das Fehlen höchst persönlicher Verpflichtung, erreichte man bei der A. G. einen möglichst einfachen Mitgliederwechsel. Die urkundliche Verbriefung der Mitgliedschaft in einem Wertpapier entspricht dem ganzen Aufbau der A. G.

Der Rev. E. III (Art. 645) zählt die Mitgliedschaft im Sinne der Zugehörigkeit zur A. G. zu den „wohlerworbenen Rechten des Aktionärs" und umschreibt diese als Rechte, die dem Aktionär nicht ohne seine Zustimmung entzogen werden können[7]). Es sind solche Ansprüche, die laut Gesetz oder Statut von den Beschlüssen der Generalversammlung und der Verwaltung unabhängig sind oder sich als Voraussetzung der Beteiligung an der Generalversammlung darstellen. Als Sonderrecht kann die Mitgliedschaft dem Aktionär nicht entzogen werden, wenn er seine vermögensrechtlichen Pflichten erfüllt hat. Ebensowenig können dem Aktionär die aus der Mitgliedschaft fließenden einzelnen Sonderrechte, so das Stimmrecht, das Anfechtungs- und Dividendenrecht[8]) und der Anspruch auf Anteil am Liquidationsergebnis entzogen werden.

III. Das Mitgliedschaftsverhältnis bei der G. m. b. H.

I. Außer der schon in ihrem Prinzip lebhaft debattierten Frage der Einführung[9]) in die Schweiz, bot auch das Problem der Ausgestaltung der G. m. b. H. zu Diskussionen Anlaß.

---

[7]) OR. Art. 627 spricht von Rechten, die den Aktionären „nicht durch Mehrheitsbeschlüsse der Generalversammlung entzogen werden können".

[8]) Das Recht auf Dividende kann dem Aktionär nur als solches nicht entzogen, wohl aber, da es durch Generalversammlungsbeschluß beliebig festgesetzt wird, in seinem Umfange geschmälert werden.

[9]) Eingehende Darstellung der Frage bei Frick: „Die Einführung der G. m. b. H. in der Schweiz". Diss. Zürich 1916. Frick kommt als Endresulat zu einer Ablehnung der Einführung. Dagegen befürwortet die Einführung Göldlin de Tiefenau: „L'introduction de la S. à. r. l. en Suisse". Diss. Lausanne 1928.

Man stand vor der Wahl zwischen einem mehr zur Personalgesellschaft oder mehr zum Kapitalverein hinneigenden Aufbau. Hinreichendes Vergleichsmaterial fand man in den mit dem deutschen G. m. b. H.-Gesetz[10]) gemachten Erfahrungen. Diese bewiesen, daß eine zu einseitige Anlehnung an die Organisation der A. G. zu ernsten Mißbräuchen und Auswüchsen geführt habe. Das auf dem Grundsatz der Kollektivgesellschaft aufgebaute, durch keine strengen Kautelen in seiner kapitalistischen Entwicklung gehemmte Mischgebilde wurde von allen Seiten als reformbedürftig erachtet. Mangelnde Kreditbasis, Apportschwindel, unlauterer Handel in Geschäftsanteilen wurde ihr in vielen Fällen vorgeworfen[11]). Die lehrreichen deutschen Erfahrungen machte sich der schweizerische Gesetzgeber zu Nutze.

Die G. m. b. H. des Rev. E. III ist begrifflich umschrieben als die Vereinigung einer Mehrheit physischer oder juristischer Personen, die im weitesten Sinne (aber mit Ausschluß sog. idealer Zwecke) ein wirtschaftliches Ziel verfolgen, und die den Vorteil beschränkter Haftung auf einen bestimmten Betrag genießen (Rev. E. III Art. 766). Sie hat trotz kapitalistischer Basis eine wesentlich individualistische Ausgestaltung erfahren. Als Gründe dafür werden von der Botschaft zum Rev. E. III vor allem die zweckentsprechendere Regelung der Haftungsverhältnisse und der Geschäftsführung erwähnt. „Die auf individualistischer Grundlage aufgebauten Gesellschaften vermögen vielfach die unbegrenzte Solidarhaft der Kollektivgesellschaft nicht zu ertragen. Auf der andern Seite befriedigt die Lösung nicht, die das persönliche Element in der A. G. gefunden hat. Während bei ihr die Geschäfte durch einen jederzeit abrufbaren Verwaltungsrat geführt werden und die übrigen Mitglieder in keiner unmittelbaren Beziehung zu ihr stehen, treffen wir bei der G. m. b. H. eine enge Verbindung zwischen Mitglied und Gesellschaft, die in der Gestaltung der Geschäftsführung und Vertretung als eines unentziehbaren Sonderrechts des Gesellschafters ihren Ausdruck findet“[12]).

Wir erhalten in der G. m. b. H. des Rev. E. III damit das von der wirtschaftlichen Praxis schon längstens dringend verlangte Binde-

[10]) Vom 20. April 1892.

[11]) Ausführliche Beispiele bei Fränkel: „Die G. m. b. H., eine wirtschaftliche Studie“. 1915.

[12]) Botschaft, S. 68.

glied zwischen der rein kapitalistischen A. G. und der individualistischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Am Aufbau der Mitgliedschaft lassen sich die erwähnten Merkmale individualistischer Färbung auf kapitalistischem Hintergrund deutlich verfolgen.

II. Das Aequivalent zum Begriff „Aktie" in seiner Bedeutung als gesamtes Mitgliedschaftsverhältnis bildet in der G. m. b. H. der Geschäftsanteil (im Rev. E. III Gesellschaftsanteil genannt). Er ist wie dieser ursprünglich die Grundlage der Vermögensrechte und finanziellen Verpflichtungen des Gesellschafters der Gesellschaft gegenüber[13]). Der Gesellschaftsanteil identifiziert sich wie die Aktie bei der A. G. mit der Mitgliedschaft (vgl. Rev. E. III Art. 787 ff.). Sein Nennwert wird durch die Höhe der Stammeinlage bestimmt (Rev. E. III Art. 787,1). Die Stammeinlage steht im gleichen Verhältnis zum Stammkapital wie der Aktiennennbetrag zum Grundkapital der A. G. Der Gesellschaftsanteil ist in dem Sinne unteilbar, als er nicht in mehrere Teilanteile über einen gewissen Betrag zerlegt und diese frei veräußert werden können. Ein Gesellschafter kann prinzipiell nur einen Anteil haben (Rev. E. III Art. 768). Erwirbt er zu seinem ursprünglichen Anteil einen neuen oder einen Teil eines andern hinzu, so erhöht sich der Nennwert seines Stammanteils um den betreffenden Betrag (Rev. E. III Art. 792[14]).

Entsprechend dem Aufbau und dem wirtschaftlichen Aufgabenkreis der G. m. b. H. ist ihre Mitgliedschaft in der Ausgestaltung der einzelnen Rechte und Pflichten von derjenigen der A. G. in vielen Punkten verschieden. Vor allem sind es eine Reihe persönlich bindender Momente, die in die kapitalistische G. m. b. H. einen derart individualistischen Zug bringen, daß das Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters eine der für Kapitalgesellschaften markantesten Erscheinungen, nämlich den grundsätzlich vertretbaren Charakter und damit die Mobilität verliert.

---

[13]) Vgl. dazu die grundlegenden Untersuchungen Neukamps: „Der Geschäftsanteil der G. m. b. H. a. a. O., ferner für die schweizerische Regelung Canner: ,,Die Abtretung des Geschäftsanteils bei der G. m. b. H.". Zürcher Diss. 1930.

[14]) Dagegen behalten nach dem deutschen Gesetz die einzelnen Anteile ihre Selbständigkeit. (Vgl. § 12 d. G. m. b. H. - Gesetz und Feine in Ehrenberg, 3. B. 2. Abt. S. 400 ff.).

Da es sich in dieser Arbeit nicht darum handelt, in einer eingehenden Untersuchung das Mitgliedschaftsverhältnis als solches, sondern nur die an die Mitgliedschaftsurkunde, den Anteilschein, anknüpfenden Fragen darzustellen, sollen im folgenden nur die wesentlichen Faktoren hervorgehoben werden, die zu einer Begründung der mangelnden Fungibilität der Gesellschaftsanteile und folglich dazu führen, den Urkunden über den Anteil den Charakter von Wertpapieren abzuerkennen.

Inbezug auf die Haftungsverhältnisse gilt gleich wie bei der A. G. für die Verbindlichkeiten der Gesellschaften als Haftungssumme die Höhe des Stammkapitals. Für den einzelnen Gesellschafter besteht zur Erhaltung des in den Statuten zum voraus festgesetzten Betrags des Stammkapitals eine Einzahlungspflicht im Verhältnis des Nominalbetrags seiner Einlage. Darüber hinaus aber haftet der Gesellschafter persönlich und unbeschränkt für die Volleinzahlung der Einlage seiner Mitgesellschafter. In praxi haftet er also für den Fehlbetrag, der sich eventuell bei der Kaduzierung des Anteils eines säumigen oder seinen Verpflichtungen zur Volleinzahlung nicht nachkommenden Mitgliedes ergibt. Diese Haftung erlischt nicht mit der Veräußerung des Anteils, sondern bleibt subsidiär hinter dem Ausscheidenden in der Reihenfolge der Eintragungen ins Anteilbuch, für jedes Mitglied mit Rückgriff gegen die Vorgänger, noch 5 Jahre bestehen (Rev. E. III Art. 787). Auf die Wichtigkeit der Persönlichkeit des Gesellschafters für die Gesellschaft (Zahlungsfähigkeit), bei diesen Haftungsverhältnissen ist nicht besonders aufmerksam zu machen; ebenfalls tritt sie in einem weiteren Falle zum Vorschein: wenn nämlich mit dem Gesellschaftsanteil, was das Gesetz ausdrücklich erlaubt (Rev. E. III Art. 770) die Statuten eine persönliche Verpflichtung[15]) zu „weiteren Leistungen" verbinden[16]).

Ferner können die Statuten über die Stammeinlage hinaus die Gesellschafter zu Nachschüssen verpflichten, allerdings mit der Ein-

[15]) So z. B. die üblicherweise mit Kartellverbindungen verknüpften Verpflichtungen zu periodischen Naturalleistungen, zum Beziehen oder Liefern von Waren usw.

[16]) Richtig unterscheidet Canner a. a. O. S. 104 zwischen solchen Verpflichtungen, die als gesellschaftliche Pflicht aufzufassen sind und bei der Abtretung ohne weiteres übergehen und solchen, die auf Vereinbarung der G. m. b. H. mit dem betreffenden Gesellschafter beruhen und vom Gesellschaftsanteil unabhängige Schulden sind.

schränkung, daß solche nur zur Deckung von Bilanzverlusten verwendet werden dürfen (Rev. E. III Art. 799).

Einen weiteren Schritt in der individualistischen Ausgestaltung der G. m. b. H. macht der Entwurf, indem er im Normalstatut grundsätzlich Selbstorganschaft vorsieht. Geschäftsführung und Vertretung sollen sowohl als Recht als auch als Pflicht jedem Mitgliede zustehen. Jedoch geht diese Berechtigung wie auch Verpflichtung nicht ohne weiteres bei der Abtretung des Gesellschaftsanteils über, sondern nur, wenn sie ausdrücklich übertragen wird (Rev. E. III Art. 778). Zwingend existiert also die Pflicht zur Uebernahme der Geschäftsführung nur bei originärem Erwerb der Mitgliedschaft bei der Gründung der Gesellschaft, und wenn nicht die Statuten, in Abweichung vom Prinzip der Selbstorganschaft, die Vertretung an Nichtmitglieder übergeben, was der Revisionsentwurf ausdrücklich zuläßt. (Art. 778 und 779). De facto ist also die G. m. b. H. in der Bestellung ihrer Organe vollständig frei. Wird aber von der Gesellschaft das Prinzip des Normalstatuts angenommen, dann ist die mit dem Gesellschaftsanteil verbundene Pflicht zur Geschäftsführung ein weiteres Hindernis für die freie Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft. Deswegen soll den Statuten die Möglichkeit gegeben werden, wo die Person des Beteiligten die Hauptrolle spielt, die Uebertragung an erschwerende Bedingungen zu knüpfen und von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig zu machen. Damit gelangen wir zur Abtretung der Mitgliedschaft und zum Problem der Uebertragbarkeit.

III. Die G. m. b. H. ist vor allem auf kleinere Unternehmungen zugeschnitten und zudem auf solche, welche die Gesellschafter persönlich an sich binden wollen. Die Arbeitsleistung der Mitglieder ist oft für sie ebenso wichtig wie ihre finanzielle Beteiligung. Die innigere persönliche Verbundenheit ersetzt die lästigen Gründungskontrollvorschriften, wie wir sie bei der A. G. treffen, und die schwerfällige Organisation. Im Gegensatz zur A. G. wendet sich die G. b. m. H. zur Kapitalbeschaffung nicht an die breite Oeffentlichkeit, braucht also diese nicht durch die große Fungibilität der Mitgliedschaft, in Wertpapieren verkörpert, anzulocken und zum Erwerb von Mitgliedschaftsstellen anzuregen. Ein Wechsel in der Person der Mitglieder, sei es durch Ausscheiden eines Gesellschafters unter gleichzeitigem Eintreten eines andern (wie bei der Ab-

tretung des Gesellschaftsanteils) oder durch Neueintritt bei der Teilung des Anteils, oder durch vollständiges Ausscheiden eines Mitgliedes, spielt für die internen Verhältnisse einer G. m. b. H. eine weitaus größere Rollle als für diejenigen einer A. G. Die Abtretung eines Gesellschaftsanteils ist daher bei der G. m. b. H. nicht freigegeben, wenn auch grundsätzlich erlaubt. Niemals geschieht sie durch einfaches Rechtsgeschäft ohne Mitwirkung der Gesellschaft. Die Abtretung des Gesellschaftsanteils aber überträgt, wie die Uebertragung der Aktie bei der A. G., die Vollmitgliedschaft mit allen Rechten und Pflichten.

Von den Rechten sind vor allem zu erwähnen das Stimmrecht, das Recht auf Anteil am Reingewinn und am Liquidationsergebnis. Diese drei Rechte sind nach der Kapitalbeteiligung abgestuft: die Stimmberechtigung wird nach der Höhe der Stammanteile bemessen, wobei auf je 100 Fr. Stammkapital eine Stimme entfällt (Rev. E. III Art. 775); der Anspruch auf Anteil an dem aus der Jahresbilanz sich ergebenden Reingewinn wird im Verhältnis der auf die Anteile einbezahlten Beträge abgemessen, unter Vorbehalt anderer statutarischer Bestimmungen (Rev. E. III Art. 800). Auf das Recht am Liquidationsergebnis werden die entsprechenden Vorschriften des Aktienrechts angewandt.

Eine Erschwerung für die Abtretung bringen einzig die von den aktienrechtlichen sehr verschieden geregelten Pflichten, die mit der Uebertragung des Anteils dem neuen Gesellschafter einer G. m. b. H. überbunden werden.

Diese, mit der Person des Gesellschafters in engster Beziehung stehenden Pflichten sind einmal die bereits erwähnte solidarische und persönliche Haftung (im internen Verhältnis unbeschränkt) für die Einzahlung der Stammeinlagen, und die (im Verhältnis zu den Gläubigern durch die Höhe des Stammkapitals beschränkte) Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft (Rev. E. III Art. 787 und 788). Neben dieser, an die Kollektivgesellschaft angeglichenen Regelung, als weiteres individualistisches Moment, die in Art. 799 geregelte Nachschußpflicht. Ferner gehen ohne weiteres auf den Erwerber des Gesellschaftsanteils über, die in den Statuten festgesetzten Verpflichtungen des Art. 770 zu „weitern Leistungen", nach der herrschenden Meinung aber nur, wenn es sich um gesellschaftliche und nicht um persönliche, vom Anteil unabhängige Pflichten handelt[17]).

[17]) Vgl. dazu Canner, a. a. O. S. 104 und die dort zitierte Literatur.

Die Betonung individualistischer Faktoren führte zu einer Erschwerung der Abtretung der Gesellschaftsanteile der G. m. b. H. Es liegt darin ein Hauptelement in der vom Gesetzgeber bezweckten Abgrenzung von der A. G. Die Erfahrungen in Deutschland bewogen die Experten, bei der Durchberatung des Rev. E. II (1923) zur definitiven Fassung des Rev. E. III von 1928 ein Uebergreifen der G. m. b. H. auf das Gebiet der A. G., vor allem einen börsenmäßigen Handel in Anteilen zu verhindern.

Von der Frage, wieweit die Uebertragung der Anteile eingeschränkt werden solle, hing die mehr kapitalistische oder mehr personalistische Färbung der schweizerischen G. m. b. H. ab. Die Mehrzahl der Experten sprach sich für eine Erschwerung aus. Sie wurde durch die Formvorschriften von Rev. E. III Art. 789 zu erreichen versucht. Diesen zufolge bedarf es zur rechtsgültigen Uebertragung:

1. einer öffentlich beurkundeten Abtretungserklärung,
2. der Mitteilung an die Gesellschaft,
3. der Zustimmung von $^3/_4$ der Gesellschafter,
4. der Eintragung ins Anteilbuch[18]).

Ferner bestimmt Art. 787, daß, wenn über die Gesellschaftsanteile Urkunden ausgegeben werden sollten, diesen nicht Wertpapiernatur, sondern nur die Bedeutung von Beweisurkunden zukommen solle. In diesem Zusammenhang werden wir die juristische Natur des Anteilscheins zu untersuchen haben.

Die kritischen Betrachter der Regelung des Rev. E. III in der Frage der Abtretung der Gesellschaftsanteile haben sich im allgemeinen mit der Lösung abgefunden. Wenn man sich m. E. der verfolgten Tendenz, die Uebertragung der Gesellschaftsanteile einzuschränken, ohne sie jedoch zu verunmöglichen, anschließen kann, so scheint doch die getroffene Ordnung, diese Häufung von Formvorschriften für ein an sich so einfaches Rechtsgeschäft zu wenig elastisch. Mit Recht sprach schon Isler in der Expertenkommission die Meinung aus, daß damit schwer sein werde, den verschiedenen Bedürfnissen, denen in der Entwicklung die G. m. b. H. dienen werde, Rechnung zu tragen. Auch wenn man an der Erschwerung der Abtretung festhält, kann man m. E. befürworten, daß eine ein-

[18]) Der Eintragung ins Anteilbuch gibt also der Rev. E. III, im Gegenteil zum Eintrag ins Aktienbuch bei der Uebertragung der Aktie, konstitutive Wirkung für die Rechtsgültigkeit der Abtretung.

fachere Regelung durch freie Uebertragung der Gesellschaftsanteile im speziellen Falle der Abtretung unter Gesellschaftern getroffen werde[19]).

IV. Das Mitgliedschaftsverhältnis bei der Genossenschaft.

I. Die Mitgliedschaftsrechte werden bei der A. G. und der G. m. b. H. nach der Kapitalbeteiligung abgestuft. So vor allem das Stimmrecht, das Recht auf Gewinnbeteiligung und auf Liquidationserlös. Prinzipiell ist dagegen die Genossenschaft auf dem Boden der Rechtsgleichheit aufgebaut.

Die Begriffsumschreibung der Genossenschaft im geltenden Recht ist in ihrer ganz allgemeinen Formulierung juristisch fast nichtssagend[20]): Als Genossenschaft werden Personalverbände bezeichnet, die „gemeinsame Zwecke des wirtschaftlichen Verkehrs verfolgen". Trotz nicht unerheblichen Schwierigkeiten, die in rechtlichen und wirtschaftlichen Erwägungen lagen, gibt der Rev. E. III in Art. 817 eine Definition der Genossenschaft, in der folgende charakteristischen Merkmale hervorgehoben werden: Korporative Organisation, ungeschlossene Vereinigung physischer oder juristischer Personen, und der Ausschluß eines zum voraus festgesetzten Kapitals, sowie die Zweckbestimmung, die zur Hauptsache in der gemeinschaftlichen Förderung bestimmter wirtschaftlicher Interessen der Mitglieder liegen muß[21]).

So verschieden die wirtschaftlichen Zwecke von A. G., G. m. b. H. und Genossenschaft sind, so verschieden ist (im normalen, ursprünglichen Sinne des Gesetzes) die Ausgestaltung des Verhältnisses des Genossenschafters zur Genossenschaft, der Mitgliedschaft. „In der grundverschiedenen Einstellung der Mitgliedschaft offenbaren A. G. und Genossenschaft ihre Wesensverschiedenheit"[22]). Während in der A. G. der vermögensrechtliche Bestandteil der ganzen Mitgliedschaft sein Gepräge gibt, soll dieses Verhältnis in der

[19]) In diesem Sinne auch Canner, a. a. O. S. 36.

[20]) Baur: „Der Genossenschaftsanteil bei der kapitalistisch organisierten Genossenschaft", Bern Diss. 1917, spricht von einer „wirtschaftlichen Umschreibung".

[21]) Vgl. Botschaft S. 83.

[22]) Egger, Z. f. schw. R. Bd. 41, S. 189 a.

Genossenschaft vor allem von persönlichen Momenten beherrscht werden. Diese Auffassung, die im Rev. E. III wieder mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck kommt, war ein Hauptpostulat in der Revision des Genossenschaftsrechtes. Mit ihrer Verankerung im Rev. E. III erhebt sich der Gesetzgeber mit aller Schärfe gegen ein verzerrtes gesellschaftsrechtliches Gebilde des schweizerischen Wirtschaftslebens gegen die kapitalistisch organisierte Genossenschaft.

Um den tiefgreifenden Einschnitt der III. Revisionsvorlage in die gegenwärtige Praxis verständlicher zu machen und die kapitalistische Entwicklung der Genossenschaft unter der Herrschaft des geltenden Rechts zu beleuchten, müssen wir zunächst die in diesem Fragenkomplex auftauchenden Begriffe der Mitgliedschaft in einer Genossenschaft, des Genossenschaftsanteils und dann im Kap. 2 des Genossenschaftsanteilscheins festsetzen.

Gleich wie bei den Gesellschaftsformen der A.G. und der G.m.b.H. stellt auch die Mitgliedschaft einer Genossenschaft einen Inbegriff von Rechten und Pflichten dar. Entsprechend der wirtschaftlichen Aufgabe der Genossenschaft ist die Ausgestaltung dieser Rechte und Pflichten von starkem persönlichem Einschlag. Den Vermögensrechten kommt in der Regel im Gegensatz zur A.G. keine hauptsächliche, sondern nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

Die Entwicklung der Genossenschaft in der schweizerischen Praxis brachte aber eine Umkehrung dieses Verhältnisses.

Es tauchte für die aus der Kapitalbeteiligung des Genossenschafters sich ergebende Summe vermögensrechtlicher Berechtigungen und Verpflichtungen der engere Begriff des „Genossenschaftsanteils" auf. Wie die Aktie ist der Genossenschaftsanteil ein Anteil am Kapital der Gesellschaft; er bestimmt die vermögensrechtlichen Mitgliedschaftsrechte. Doch wäre es ungenau, „den Genossenschaftsanteil als den verselbständigten vermögensrechtlichen Bestandteil der Mitgliedschaft zu definieren, wenn auch in den meisten Fällen diese Definition richtig wäre. Wir können nur sagen: der Genossenschaftsanteil verpflichtet zur Einzahlung seines Nennbetrages und gibt einen Anspruch auf eine Ertragsquote und eine Anwartschaft auf eine Substanzquote des Genossenschaftsvermögens"[23]).

[23]) Baur, a. a. O. S. 45.

Der Genossenschaftsanteil ist nicht mit der Mitgliedschaft ohne weiteres identisch.

Vor allem sei festgelegt, daß die Existenz und die Uebernahme von Genossenschaftsanteilen weder ein Merkmal, noch eine Voraussetzung der Zugehörigkeit zur Genossenschaft zu sein braucht. In diesem Sinne ist der Anteil erst eine typische Erscheinung der schweizerischen Entwicklung, der sog. Kapitalgenossenschaft. Nur bei dieser ist er „durchaus begriffsnotwendig" und stellt er „die Hauptpflicht und die Hauptrechte"[24]) der Mitglieder dar. Die der Kapitalbeteiligung, der Zeichnung von Genossenschaftsanteilen eingeräumte Stellung als wesentliches Erfordernis für die Erlangung der Mitgliedschaft ist die größte Abweichung vom eigentlichen Wesen der Genossenschaft.

War der Genossenschaftsanteil einmal wesentlich für die Mitgliedschaft, so lag es nahe, ihn mit der Mitgliedschaft selber zu identifizieren. Die Praxis machte diesen Schritt, unterstützt durch die Ausführungen einiger Autoren[25]), ohne Bedenken. Die „Zeichnung" eines Anteils wurde zur Voraussetzung für den Erwerb der Mitgliedschaft gemacht, dessen Uebertragung vermittelte sie, kurz, das rechtliche Schicksal der Globalmitgliedschaft wurde mit demjenigen ihres vermögensrechtlichen Bestandteils, des Genossenschaftsanteils verknüpft. Ein weiterer Schritt wurde damit getan, daß Urkunden, ursprünglich über das Gläubigerrecht am Genossenschaftsanteil und auf den Namen ausgestellt, allmählich zu Urkunden über die Mitgliedschaft gemacht wurden. Die Uebergabe der Urkunde übertrug die Mitgliedschaft. De facto wurden sie als Wertpapiere behandelt. Bis zum Verbot des Bundesratsbeschlusses vom 8. Juli 1919 (OR. 678,3) zirkulierten solche Genossenschaftsanteilscheine sogar als Inhaberpapiere. Für die Kapitalbeschaffung wandte sich die Genossenschaft an eine immer breitere Oeffentlichkeit.

Von der A. G. unterscheidet sich die Genossenschaft bei dieser Entwicklung nur noch durch die erleichterten Gründungsvorschriften, die auf das notwendigste beschränkte Publizität und die nicht geschlossene Zahl von Mitgliederstellen (seit 1919 besteht ein Ver-

[24]) Baur, a. a. O. S. 50.

[25]) z. B. die Schrift Emmeneggers „Die Anteilscheine der Genossenschaft", Freiburg Diss. 1921.

bot der Neugründungen von Genossenschaften mit zum voraus festgesetztem Grundkapital. (OR. Art. 678,2).

Für diese kapitalistische Ausgestaltung bietet allerdings die Fassung des geltenden OR. die größte Freiheit. Der Bildung von Genossenschaftsanteilen und der Verkörperung derselben in Namenspapieren steht kein Wort des Gesetzes entgegen. Die Statuten können, vom Prinzip der Rechtsgleichheit abweichend, die Rechte der Genossenschafter nach beliebigen Gesichtspunkten (vor allem nach der Kapitalbeteiligung) abstufen. Für die Uebertragung der Mitgliedschaft bestehen gar keine Bestimmungen. Zum Beitritt des neuen Mitgliedes genügt eine einfache schriftliche Erklärung (OR. Art. 683). Wenn auch die Unvererblichkeit der Mitgliedschaft prinzipiell festgesetzt wird, so wird es doch den Statuten freigelassen, die Vererblichkeit zu gestatten (OR. Art. 686). Dadurch findet, wie Baur richtig bemerkt, der kapitalistische Einschlag in der Genossenschaft seine gesetzliche Anerkennung. Besonders deutlich war die Abweichung vom persönlichen Prinzip in der immer weitergehenden Einschränkung und Ausschaltung der anfänglich persönlichen Haftpflicht und die Zulassung einer bloßen Beteiligung mit einer bestimmten Geldsumme. Die Statuten können die unbeschränkt persönliche Solidarhaft ausdrücklich ausschließen (OR. Art. 688).

II. Die Revision brachte anfangs (Rev. E. I von 1919) keine Neuerungen in der Richtung einer individualistischeren Gestaltung der Genossenschaft. Im Gegenteil, sie sanktionierte die herrschenden Zustände. Man spürt deutlich die Tendenz, „die von der Praxis anerkannten Umwandlungen in den Rahmen des Gesetzes einzustellen“[26]). Insbesondere sollte das Verbot der Neugründungen mit festem Grundkapital nicht aufrechterhalten werden. Einen kleinen Anlauf der Reaktion gegen vollständige Kapitalisierung der Genossenschaft finden wir jedoch in der getrennten Behandlung von Genossenschaftsanteil und Mitgliedschaft. Die Uebertragung des ersteren sollte jene nicht ohne weiteres übermitteln. Dagegen ist aber die Aufstellung von Urkunden über die Mitgliedschaft ausdrücklich erlaubt. Für ihre juristische Natur und Behandlung wird sogar auf die Namenaktie verwiesen. (Rev. E. I Art. 810).

---

[26]) Botschaft zum Rev. E. I.

Dem Rev. E. I wurden in der Folge berechtigte Vorwürfe gemacht. Die eingezogenen Gutachten, die Vernehmlassungen der genossenschaftlichen Verbände, die Konsultation berufener Vertreter der Interessentenkreise und die Kritik der Fachorgane verteidigten den Standpunkt, daß die Umgestaltung auf halbem Wege stehen geblieben sei, ja, daß sie zum Teil Wege eingeschlagen habe, die direkt einer gesunden Entwicklung des Genossenschaftswesens entgegenstehen[27]). Aus der Fülle dieser Stimmen nennen wir vor allem Egger, der sich in seinem Gutachten[28]) gegen die allmählige Annäherung der Genossenschaft an die A. G. auflehnt, und, im Zusammenhang mit dem hier behandelten Mitgliedschaftsverhältnis es eine „verhängnisvolle Bewegung" nennt, wenn „die Praxis den Genossenschaftsanteil der Aktie gleichstellt und dieser schließlich — und die Mitgliedschaft dazu — zu ertragsreicher Kapitalanlage erworben wird[29]).

Dieser Entwicklung leistete aber die Revision in der Vorlage des Entwurfs I direkt Vorschub.

Ein entscheidender Schritt wurde hingegen in den Entwürfen II und III unternommen. Der Rev. E. II versuchte bereits, die Genossenschaft wieder in die Bahn ihrer ursprünglichen wirtschaftlichen Bahn einzulenken, und, was der Rev. E. I in keiner Weise getan hatte, eine deutliche Abgrenzung ihres Wirkungskreises von demjenigen der A. G. zu unternehmen. Die Aufgabe war äusserst schwierig, da sich eine ungeheure Mannigfaltigkeit von Vereinigungen der Genossenschaft als Organisationsform bedienten und ihre Interessen soweit als möglich zu berücksichtigen waren. Ein Faktor, der wegen seiner Wichtigkeit nicht außer Acht gelassen werden konnte, war, daß die Genossenschaft auch als Bankbetriebsform aufgekommen war. So hatte sich eine der wichtigsten Schweizerbanken, die Volksbank, als Kapitalgenossenschaft organisiert.

Die Lösung, wenn auch in mancher Beziehung ein Kompromiß, war doch ein großer Schritt in der Richtung einer persönlicheren

[27]) Bericht zum Rev. E. II Vorbemerkungen zum 30. Titel S. 97.

[28]) Egger, a. a. O. S. 188 a.

[29]) Vgl. dazu die Ausführungen von Hans Müller: Richtlinien der Genossenschaftsgesetzgebung. Sonderabdruck der N. Z. Z. 1921. Ferner: Das Genossenschaftswesen und die Form seines Rechts im demokratischen Staat. Sonderabdruck aus der Z. f. schweiz. Statistik und Volkswirtschaft. Dann Z. d. Genossenschafter 1928, Nr. 48 ff.

Gestaltung der Genossenschaft. Was insbesondere das Verhältnis des Genossenschaftsanteils zur Mitgliedschaft betrifft, so bestimmt der Rev. E. II, daß die aus der Mitgliedschaft sich ergebenden Vermögensrechte (= Genossenschaftsanteil) in erster Linie der Anspruch auf Liquidationsquote, jederzeit übertragbar sein sollten, und ein allfälliger Anteilschein, der solche Rechte ausweist, abgetreten werden könne (Rev. E. II Art. 848 und dazu Bericht S. 106). Aber diese Uebertragung mache den Erwerber nicht ohne weiteres zum Mitglied, die persönlichen Mitgliedschaftsrechte bleiben beim Veräußerer. Immerhin können die Statuten abweichend auch den sofortigen Uebergang der Mitgliedschaft vorsehen, derart, daß mit der Uebertragung des Genossenschaftsanteils die Mitgliedschaft übergeht.Das ist aber kein großer Schritt zu persönlicherer Struktur!

Noch weiter in der Ablehnung kapitalistischer Momente geht in seiner straffen Regelung der Rev. E. III. Hier wird der Standpunkt vertreten, daß es in diesem Falle nicht die Aufgabe des Gesetzgebers sein könne, die ohne gesetzliche Grundlage nur durch die Praxis geschaffenen Vereinigungsformen in den Rahmen des Gesetzes einzuschließen. Vielmehr müßten Mittel und Wege geschaffen werden, die das Entstehen solcher, dem Wesen der A. G. entsprechenden Pseudogenossenschaften nach Möglichkeit verhindern[30]). Zu diesem Zwecke stellt der Rev. E. III eine Reihe, diesmal zwingender, Normen auf, die darauf abzielen, den Wesensunterschied von A. G. und Genossenschaft klar hervorzuheben.

In den Rahmen dieser Arbeit fallen vor allem zwei in diesem Sinne wirkende Regelungen: 1. das Verhältnis von Genossenschaftsanteil und Mitgliedschaft und 2. die dem Genossenschaftsanteilschein zugewiesene Rolle.

III. Im Gegensatz zur A. G. und G. m. b. H. ist die Genossenschaft keine Vereinigung mit festen Mitgliederstellen, bei der die Uebernahme von Teilen eines zum voraus bestimmten Grundkapitals die Mitgliedschaft ohne weiteres gibt. Die Beteiligung mit einer Einlage auf das Vermögen der Gesellschaft ist bei der Genossenschaft kein wesentliches Erfordernis für den Eintritt. Von dieser Regel können aber die Statuten insofern abweichen, als sie die Zeichnung eines Anteils als Vorschrift für den Beitritt aufstel-

[30]) Vgl. dazu Botschaft zum Rev. E. III, S. 80 ff.

len dürfen, wenn die Bildung eines Genossenschaftsvermögens durch Genossenschaftsanteile zum vornherein festgesetzt ist (Rev. E. III Art. 841). Dabei bleibt aber doch das Hauptgewicht beim Eintritt auf der persönlichen Mitwirkung von Anwärter und Genossenschaft, der Beitrittserklärung einerseits und der nochfolgenden Aufnahmeerklärung seitens der Gesellschaft andererseits. Mit der Abgabe einer Beitrittserklärung wird ein doppelter Zweck verfolgt: einmal den Eintretenden auf die allgemeine Bedeutung seines Aktes und ferner auf die mit der Mitgliedschaft verbundenen Haftungspflichten und Risiken aufmerksam zu machen. Daher soll die Beitrittserklärung schriftlich abgegeben werden. Ferner soll sie eventuell statutarische, persönliche Haftungs- oder Deckungspflichten ausdrücklich angeben[31]).

Nur im Falle besonderer statutarischer Regelung erfolgt der Eintritt durch bloße Beitrittserklärung, ohne Mitwirkung der Genossenschaft. Der Entwurf stellt das Prinzip auf, daß über die Aufnahme eine Entscheidung durch die Genossenschaft (Verwaltung) zu fällen sei. Das Statut kann sogar die Zustimmung der Generalversammlung vorbehalten.

Durch diese Mitwirkung der Genossenschaft beim Eintritt eines Mitgliedes wird der Mitgliedschaft wieder in hohem Maße persönlicher Charakter verliehen. Es wird damit besonders darauf hingewiesen, welche Wichtigkeit die Zahl und die Individualität der einzelnen Genossenschafter für die Gesellschaft und besonders für deren Gläubiger hat. Wie der Eintritt in das Genossenschaftsverhältnis, so geschieht auch die Uebertragung der Mitgliedschaft nicht ohne Einwirkung der Gesellschaft. Auch der Rev. E. III versucht es hier, Mitgliedschaft und Genossenschaftsanteil streng getrennt zu behandeln. Der allgemein eingebürgerten Praxis entgegen bestimmt er, daß die Abtretung des Genossenschaftsanteils durch Rechtsgeschäft noch nicht sämtliche Rechte übermittle, sondern nur den vermögensrechtlichen Teil derselben. Solange nicht ein Aufnahmebeschluß seitens der Gesellschaft vorliegt, bleiben persönliche Mitgliedschaftsrechte, so das Stimmrecht, beim Ver-

[31]) Vgl. Rev. E. III Art. 829. Warum die Statuten von der schriftlichen Beitrittserklärung abweichen können sollen, ist nicht recht einzusehen. Auf alle Fälle ist die Schriftlichkeit im Falle einer statutarischen persönlichen Haftungs- oder Deckungspflicht aus den Abs. 2 und 3 des Art. 829 heraus als zwingend anzusehen.

äußerer. Die aus dieser Regelung sich ergebenden juristischen Konsequenzen sollen im Kap. 2 untersucht werden, da gerade bei der Uebertragung die urkundliche Verkörperung die größte Rolle spielt und fernerhin spielen wird.

Mit dem Eintritt oder der Abtretung der Mitgliedschaft erwirbt der neue Genossenschafter die Rechte aus derselben und geht die genossenschaftlichen Verpflichtungen ein.

Um den Charakter der Genossenschaft als Personalvereinigung zu wahren, stellt der Rev. E. III zwingend das Prinzip der Gleichberechtigung der Mitglieder auf (Rev. E. III Art. 842). In den Schranken des Gesetzes sollen Rechte und Pflichten allen Genossenschaftern gleich zustehen. So darf das Stimmrecht nicht nach der Kapitalbeteiligung abgestuft werden. Jedes Mitglied hat in der Generalversammlung eine Stimme (Rev. E. III Art. 873). Grundsätzlich ist nach der Regelung des Entwurfs mit der Mitgliedschaft auch kein Recht auf Gewinnanteil verbunden. Damit wird der geltenden Praxis aufs schärfste entgegengetreten. Die Erzielung von Gewinn und die Gewinnbeteiligung des Gesellschafters entsprechen dem Wesen kapitalistisch organisierter Handelsgesellschaften, der A. G. und der G. m. b. H. Vom Standpunkte der möglichsten Abgrenzung der Genossenschaft gegenüber den Handelsgesellschaften ist es unbedingt folgerichtig zu verhindern, daß die Mitgliedschaft zu ihr zum alleinigen Zwecke vorteilhafter Kapitalanlage erworben werde. Vor allem soll aus der Mitgliedschaft (durch die Vermittlung negotiabler Titel) kein Objekt börsenmäßigen Handels und der Spekulation entstehen. Demnach war es von vorneherein zu untersagen, daß, wie bei der Aktie, mit der Mitgliedschaft ein Dividendenrecht verbunden werde. Die Praxis hat aus dem Recht auf Gewinnanteil eines der wichtigsten genossenschaftlichen Rechte gemacht. „In der Teilnahme am Reingewinn gipfelt der wirtschaftliche Zweck der Genossenschaft", so wird in einer Studie[32]) über diese Frage, in Verkennung dieser falschen Entwicklung entschieden. Damit wird aber die Genossenschaft zur Handelsgesellschaft, wie Baur[33]) richtig bemerkt, zur „Kapitalgesellschaft par excellence".

Hier hat der Rev. E. III eine Lösung gefunden, die, zusammen mit dem Verbot der Verbriefung in einem Wertpapier dem Ge-

[32]) Emmenegger a. a. O. S. 41.
[33]) Baur, a. a. O. S. 51.

nossenschaftsanteil und der Mitgliedschaft jeden Charakter von Spekulationsobjekten zu nehmen sucht. Der Gesetzgeber geht in der Verteilung eines allfälligen Reinertrags davon aus, daß grundsätzlich aus der Mitgliedschaft heraus ein Anspruch auf einen solchen nicht besteht. Daher fällt ein eventueller Reingewinn in seinem ganzen Umfang in das Genossenschaftsvermögen. Treffen die Statuten, was ihnen erlaubt ist, eine andere Ordnung, insbesondere eine Verteilung nach der Höhe der Genossenschaftsanteile, dann darf die auf die einzelnen Anteile entfallende Quote den landesüblichen Zinsfuß für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten nicht übersteigen. Dieses Verbot ist als zwingende Norm aufgestellt (Rev. E. III Art. 847).

Aus sehr triftigen Gründen aber verläßt der Rev. E. III in einem Punkte ein Prinzip, das dem ursprünglichen Wesen der Genossenschaft als Vereinigung persönlicher wirtschaftlicher Kräfte zur gegenseitigen Förderung entspricht, und der Mitgliedschaft in erhöhtem Maße höchst persönlichen Charakter verleiht, nämlich die Solidarhaft der Genossenschafter für Verbindlichkeiten der Genossenschaft. Während im geltenden Recht, mangels abweichender statutarischer Bestimmungen die persönliche Haftung der Mitglieder besteht, regelt der Rev. E. III die Haftungsverhältnisse umgekehrt, so daß grundsätzlich die persönliche Haftung verneint wird, falls die Statuten sie nicht ausdrücklich vorschreiben. Ferner wird eine persönliche beschränkte Haftung erlaubt, deren Zulässigkeit lange umstritten war[34]). Demnach können die Statuten die Haftungsverhältnisse so regeln, daß entweder 1. die Genossenschafter für alle Verbindlichkeiten der Genossenschaft solidarisch mit ihrem ganzen Vermögen haften oder 2. die Genossenschafter über die Mitgliederbeiträge und Genossenschaftsanteile hinaus, hinter dem Genossenschaftsvermögen persönlich, jedoch nur bis zu einem bestimmten Grade haften. Wo Genossenschaftsanteile bestehen, ist dieser Haftungsbetrag für die einzelnen Genossenschafter nach der Höhe ihrer Anteile zu bestimmen.

Die Botschaft zum Rev. E. III befürwortet die getroffene Haftungsordnung mit folgender Begründung: es seien mit der solida-

[34]) Ueber die Frage der beschränkten Haftung in der Genossenschaft vgl. die Untersuchungen von Bachmann (Diss. Zürich 1919). Der Rev. E. III gibt im wesentlichen mit der Zulassung der beschränkten Haftung in der Genossenschaft den Schlußfolgerungen Bachmanns recht.

rischen Haftung Gefahren und Risiken verbunden, die in gar keinem Verhältnis zur finanziellen Leistungsfähigkeit der einzelnen Genossen stehen; mancher Zusammenbruch der ökonomischen Existenz einzelner Mitglieder sei darauf zurückzuführen, daß sie von den mit der Mitgliedschaft verbundenen Risiken keine Ahnung hatten. Trotzdem sei nicht zu verkennen, daß für viele Genossenschaften die Solidarhaftung eine Notwendigkeit sei, da sie die einzige Kreditbasis bildet. Somit solle diese unter Beobachtung der angegebenen Kautelen zugelassen werden.

In der Möglichkeit, mit der Mitgliedschaft statutarisch eine Nachschußpflicht zu verbinden, und zwar an Stelle oder neben der Haftung, beschränkt oder unbeschränkt, liegt eine weitere Unterscheidung der Genossenschaft von der A. G. Wie bei der G. m. b. H. ist diese Nachschußpflicht nur Deckungspflicht gegenüber der Gesellschaft, d. h. sie kann nur zur Deckung von Bilanzverlusten eingefordert werden (Rev. E. III 859).

2. Kapitel.

Die Urkunden.

I. Die Aktie.

1. Allgemeine Begriffsbestimmung. Beweisurkunden und Wertpapiere.

I. Parallel mit der Entwicklung der A. G. von einer Kapitalvereinigung mit noch starkem persönlichem Einschlag, zur reinsten Form der kapitalistischen Handelsgesellschaft, vollzieht sich auch ein Wandel in der juristischen Bedeutung der Urkunde, die im modernen Recht als „Aktie" bezeichnet unter den Papieren des Gesellschaftsrechtes wirtschaftlich die Hauptrolle einnimmt[1]).

[1]) Eine neuere Darstellung der Aktie als Wertpapier nach schweizerischem Recht ist insofern gerechtfertigt, als durch die Revision des OR. in vielen Fällen Fragen eindeutig gelöst wurden, die das geltende Recht offen ließ und deren Bearbeitung deshalb wieder Interesse erweckt; ferner weil außer kleinen Einzeluntersuchungen innerhalb spezieller Fragenkomplexe (z. B. bei Meier: Abgrenzung der Wertpapiere von den schlichten Beweisurkunden. Bern. Diss. 1924, S. 64 ff., und Hospenthal: Die Wirkungen des Indossaments. Bern. Diss. 1925, S. 82 ff.), der rein praktischen Darstellung bei Curti a. a. O. und einer unter ganz verschiedenem Gesichtspunkte unternommenen rechtsvergleichenden Studie über die Aktiengattungen von Lauterbach: Die Aktie nach deutschem und schweizerischem Recht. Diss. Erlangen 1927, noch keine Untersuchung über das Verhältnis der Aktie und der verschiedenen Aktienarten zum allgemeinen Teil des Wertpapierrechts (Titel 30 des Rev. E. III) unternommen wurde.

Eine ausführliche Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der A. G. und der Aktienurkunde findet sich u. a. bei Lehmann: Die geschichtliche Entwicklung des Aktienrechts 1895. Ferner kurze Darstellungen der wichtigsten geschichtlichen Punkte bei J. v. Gierke, Handelsrecht, 1926, S. 111 ff. und bei Lauterbach, a. a. O. S. 7 ff.

Allgemein wird als Ausgangspunkt der Entwicklung anerkannt die Georgsbank zu Genua (15. Jahrhundert) und die Ambrosiusbank zu Mailand (Ende 16. Jahrh.). Die moderne Entwicklung ist rechtshistorisch zurückzuführen auf die großen Handelskompagnien des 17. Jahrh., die sich mit überseeischem Kolonialhandel befaßten.

Ursprünglich hatte die Aktie bloß beweisrechtliche Funktion als Quittung über die auf das Grundkapital einbezahlten Teilbeträge. Sie erlangte eine viel größere Bedeutung als sie mit der Zeit zum Träger der aus der Zugehörigkeit zur betreffenden Gesellschaft resultierenden Vermögensrechte, zum übertragbaren Gewinnanteilschein und Dividendenpapier gemacht wurde.

Da die vermögensrechtliche Seite der Beteiligung, die Kapitaleinlage, für das Gesamtbeteiligungsverhältnis (Gewinnquote) des Gesellschafters zur A. G. maßgebend war und im wesentlichen die Mitgliedschaft bestimmte (jedem Teilbetrag entsprach eine Mitgliederstelle), wurde die darüber aufgestellte Urkunde zur Verkörperung der Mitgliedschaft, zum Korporationspapier. Gleichzeitig erhöhte sich ihre Zirkulationsfähigkeit. Zuerst auf Namen ausgestellt und durch Zession (später Indossament) übertragbar, legitimierte später auch der Besitz der auf den Inhaber ausgestellten Urkunden zur Ausübung des Mitgliedschaftsrechtes[2]).

Unter der Bezeichnung Aktie[3]) soll in diesem Kapitel zunächst eine Urkunde verstanden werden, die von einer A. G. als Bescheinigung über das Mitgliedschaftsverhältnis mit sämtlichen daraus entspringenden Rechten und Pflichten ausgestellt wird[4]).

Die rechtliche Natur der Aktie ergibt sich aus der Stellung des Papiers zum beurkundeten privatrechtlichen Rechtsverhältnis, zur Mitgliedschaft. Das Wesen der Aktienurkunde, ihre gesteigerte Bedeutung von der bloßen Quittungsurkunde bis zur Verbriefung der Mitgliedschaft ist nur aus der inneren Entwicklung der gesellschaftlichen Organisationsform der A. G. selbst zu erkennen. Ebenso ist die Erhöhung ihrer Zirkulationsfähigkeit nur aus der immer grösser werdenden Zahl der an der A. G. beteiligten Personen zu verstehen. Sie brachte eine weitere Loslösung des gesellschaftlichen Mitgliedschaftsverhältnisses von der Persönlichkeit des Berechtigten mit sich. Gleichzeitig folgt die Entwicklung der Aktie vom per-

[2]) Für die Inhaberaktie vgl. Abschnitt 2, für die Namenaktie Abschnitt 3 dieses Kapitels.

[3]) Ein Wort holländischen Ursprungs.

[4]) Von der herrschenden Meinung anerkannte Definition. So Renaud: Das Recht der A. G. S. 105: „Die Aktienurkunde ist eine Urkunde über die Teilhaberschaft am Aktienverein". Ferner Lehmann: Das Recht der A. G. S. 197: „.... Der Aktienbrief, auch schlechtweg Aktie genannt, welcher zur Bescheinigung der Mitgliedschaftsrechte dienen soll".

sönlich gebundenen Rectapapier zum Order- und noch weiter, zum Inhaberpapier.

Solange die A.G. ein gemeinsames Unternehmen einer beschränkten Zahl von Kaufleuten war, die sich, um nicht mit ihrem ganzen Vermögen zu haften, nur mit einer bestimmten, in abgegrenzte Abschnitte eingeteilte Summe beteiligten, spielte die Veräußerlichkeit und Vererblichkeit der Teilanteile nicht entfernt die Rolle, die sie in der späteren Entwicklung des Großunternehmens erlangte. Heute gehört die börsenmäßige Verkehrsfähigkeit wirtschaftlich zum Hauptmerkmale der Aktie.

Die Summe der an die Aktie anknüpfenden Rechtssätze kann nur richtig überblickt werden, wenn ihre Stellung zum modernen Begriff der Wertpapiere näher beleuchtet wird. Deshalb wird in diesem Kapitel nach Festlegung allgemeiner Grundsätze des Wertpapierrechts am speziellen Beispiel der Aktie ihre Anwendung gezeigt. Erst so wird sich ein klares Bild des ganzen Instituts und ferner, was in dieser Arbeit vor allem erstrebt wird, der Zusammenhang von Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft und Beurkundung der Mitgliedschaft in Wertpapieren oder Beweisurkunden, deutlich ergeben.

II. Wenn wir die Definition der Aktie als „Urkundliche Verbriefung der Mitgliedschaft" in ihre Elemente zerlegen und diese einzeln untersuchen, so ergibt sich logisch folgende Reihenfolge der Fragestellung: Was ist eine Urkunde? Welche Merkmale bestimmen die juristische Natur einer Urkunde? In welchem Verhältnis steht im speziellen Falle der Aktie die urkundliche Bescheinigung zum beurkundeten Rechtsverhältnis? Welches ist folglich die rechtliche Natur der Aktie?

Ganz allgemein bedeutet Urkunde jede Gedankenäußerung im vereinbarten Wortzeichen, jeden Gegenstand, der zur Verkörperung eines menschlichen Gedankens bestimmt ist. Dies ist der Begriff im prozessualen Sinne, ausgedrückt in den Definitionen der meisten Zivilprozeßordnungen[5]).

[5]) Vgl. die Z. P. O. des Kantons Bern. Leuch S. 183: „Urkunden im Sinne der ZPO. sind Gegenstände aus irgendwelchem Stoffe als Träger von Zeichen, namentlich Schriftzeichen (schriftliche Urkunden), die einen Gedanken verkörpern, und mit deren Inhalt bewiesen werden sollen". Vgl. ferner dazu die Definition im Entwurf zu einem schw. Strafgesetzbuch. Art. 97: „Urkunden sind Schriften, die bestimmt oder geeignet sind, eine Tatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen".

Die im handelsrechtlichen Sprachgebrauch übliche und auch für diese Arbeit angewandte, engere Definition lautet: Urkunden sind Schriftstücke über rechtserhebliche Tatsachen. Als rechtserheblich kann eine Tatsache bezeichnet werden, wenn von ihrem Bestehen oder Nichtbestehen das Vorhandensein eines juristisch erfaßbaren Zustandes abhängt. Somit gehören zur Hauptgruppe der Urkunden diejenigen, die in irgend einem Verhältnis zu einem Rechte (Forderungs-, Sachen-, Personenrecht oder einem Rechtskomplex wie die Mitgliedschaft) stehen.

Eine Einteilung der Urkunden kann von sehr verschiedenen Standpunkten aus geschehen. Am häufigsten trifft man in der Literatur die Unterscheidung nach dem Subjekt des Rechts, über das die Urkunde ausgestellt ist, in Inhaberpapiere, Orderpapiere und Namenpapiere im weiteren Sinne[6]), oder nach der Person des Ausstellers in öffentliche und Privaturkunden, ferner die Einteilung mit Rücksicht auf die privatrechtliche Bedeutung, welche das Papier für das in ihm beurkundete Recht besitzt.

Dem Zweck dieser Arbeit entsprechend werden wir die juristische Natur der Urkunden nach diesem letzteren Merkmal, Verhältnis von Papier und Recht, bestimmen. Demnach teilen wir die Urkunde in zwei Hauptgruppen ein. Entweder ist das Papier nur Beweismittel (eventuell auch Entstehungsform) oder aber Träger des Rechts. Im ersten Falle haben wir Beweisurkunden (deklarativer oder konstitutiver Natur), im zweiten Falle Wertpapiere[7]) vor uns.

III. Unter Beweisurkunden[8]) deklarativer Natur sind solche Urkunden zu verstehen, deren Bedeutung im Verkehr sich dahin erschöpft, daß sie als (zwar nicht ausschließliches) Beweismittel über eine juristische Tatsache angeführt werden. Sie werden ausgestellt als Erleichterung für den Beweis der Existenz einer rechtlichen Erscheinung. Ihr hauptsächlichstes Merkmal ist die Begründung einer Rechtsvermutung für die Existenz der in ihnen beurkundeten Tatsache.

---

[6]) Ich verweise darauf, daß im engeren Sprachgebrauch nur Wertpapiere so bezeichnet werden.

[7]) Auch die Wertpapiere kann man in deklarative und konstitutive Urkunden unterscheiden, vgl. S. 34.

[8]) Ich brauche hier „Beweisurkunden" vereinfacht für den in der Wissenschaft oft gebrauchten Ausdruck „schlichte Beweisurkunden".

Die Funktionen der Beweisurkunden bei Entstehung des Rechtsverhältnisses sind durchaus untergeordneter Natur. Primäres Moment ist ein vollzogenes, rechtlich wirksames Rechtsgeschäft. Sekundäres Moment ist, von der Entstehung vollständig unabhängig, die Festlegung des eingetretenen Zustands in einem Papier. Die Urkunde beweist bloß die Perfektion des Rechtsgeschäfts. „Der darin dokumentierte juristische Wille ist außerhalb der Urkunde zur rechtlichen Existenz gelangt“[9]). (Beispiele: Die Quittung, Ausweiskarte über die Mitgliedschaft zu einem Verein, der Schuldschein, der Anteilschein der G. m. b. H., der Genossenschaftsanteilschein. Vgl. zu letzterem die betreffenden Abschnitte dieses Kapitels).

Bei der Uebertragung des Rechts[10]) äußert sich am deutlichsten die bloß beweisrechtliche Funktion einer solchen Urkunde. Maßgebend für die Art der Uebertragung und ihre Rechtsgültigkeit ist die Abtretung des beurkundeten Rechts, unabhängig von der an sachenrechtliche Regeln gebundenen Uebergabe der Urkunde. Letzterer kommt nur akzessorische Bedeutung zu. Die für den Verkehr wichtigste Art der Uebertragung von Rechten, die Zession, ist selbst formell an die Schriftlichkeit gebunden (OR. Art. 165). Die Uebergabe der Urkunde, die dem Beweise der Entstehung und Existenz des Rechts dient (z. B. Schuldurkunde. Vgl. OR. Art. 170), bildet nur einen Anspruch des Zessionars, ohne daß die Rechtsgültigkeit der Uebertragung von ihr abhängen würde. Man kann bei den Beweisurkunden im Gegensatz zu den Wertpapieren nicht von einem Dualismus des Rechts am Papier und des Rechts aus dem Papier, das diesem folgen würde, sprechen. Der Besitz der Urkunde legitimiert allein noch nicht den Inhaber als Berechtigten.

Geht die Urkunde unter oder wird sie als abhanden gekommen erklärt, so erlischt das Recht deshalb nicht. Nach OR. Art. 190 tritt dann die Privatamortisation ein, d. h. es wird die Urkunde in öffentlicher oder beglaubigter Form als kraftlos erklärt. Umgekehrt kann nach Maßgabe von OR. Art. 88 bei Untergang des Rechts die Rückgabe oder Entkräftung der Urkunde verlangt werden.

---

[9]) Brunner in Endemanns Handbuch des Handelsrechts II, S. 145.

[10]) Soweit nach den allgemeinen Regeln über die Abtretung von Rechten eine solche zulässig ist, also insofern nicht Gesetz, Vereinbarung oder die Natur des Rechts dies ausschließt. Vgl. OR. Art. 164.

Die Beweisurkunden konstitutiver Natur nehmen in Bezug auf das in ihnen beurkundete Recht bei seiner Entstehung eine viel wichtigere funktionelle Stellung ein als die bloß deklarativen Papiere.

„Konstitutiv" nennt man einen Beurkundungsakt (und nach diesem die Urkunde), wenn er für die Entstehung des Rechts formell notwendig ist. Mit der Beurkundung wird das Rechtsverhältnis erst begründet, das Rechtsgeschäft geschlossen und vollzogen. „Während bei der einfachen deklarativen Beweisurkunde der darin dokumentierte Wille außerhalb der Urkunde zur rechtlichen Existenz gelangt ist, bringt ihn die konstitutive Beweisurkunde nicht bloß zur beweisrechtlichen Evidenz, sondern zu privatrechtlicher Existenz[11]). Die Errichtung der Urkunde ist Gültigkeitsrequisit, die Beurkundung Entstehungsform des Rechts. (Beispiele: Bürgschaftsschein, Abtretungsurkunde bei Zession von Forderungen uam.).

Die Urkunde wird üblicherweise mit dem Rechte übertragen. Dies kann im Gesetze zwingend vorgeschrieben sein. Für die Rechtsverbindlichkeit der Uebertragung hat die Urkunde bloßen Beweiswert. Kann die Urkunde nicht erbracht werden, so tritt auch hier Privatamortisation nach OR. Art. 90 ein, und es können auch andere Beweismittel herangezogen werden, aus denen hervorgeht, daß das Recht in der für seine Entstehung vorgeschriebenen Form beurkundet worden ist.

IV. Vergebens wird man in den geltenden Gesetzen nach einer Begriffsbestimmung der Wertpapiere suchen. Die Literatur dagegen kennt eine ganze Reihe von Wertpapierdefinitionen, aus denen sich aber bis jetzt noch keine Legaldefinition herauskristallisiert hatte, wenn auch bei der Unsicherheit der Behandlung der Wertpapiere im Verkehr und der wechselnden Praxis der Gerichte die Aufnahme einer solchen als dringendes Bedürfnis bezeichnet werden konnte.

Auch in der Schweiz war die Festlegung dieses Begriffs vollständig der Wissenschaft überlassen worden. Während das Bundesgericht bis 1923 in konstanter Praxis nur Inhaber- und Orderpapiere als Wertpapiere anerkannte, nahmen die kantonalen Gerichte und die Handelskreise schon lange Stellung für eine Ausdehnung des Begriffs und Anwendung der diesbezüglichen Rechtssätze auch auf die Namenspapiere.

[11]) Brunner, a. a. O. S. 145.

In richtiger Erkenntnis der sich aus dem Mangel einer solchen Regelung ergebenden Verwirrungen wurde den Wertpapieren eine Spezialordnung im Titel 33 des Rev. E. III gewidmet. In Art. 945 wurde im Anschluß an die Umschreibung der Rev. E. I und II eine Legaldefinition der Wertpapiere aufgenommen, die folgendermaßen lautet: „Wertpapier im Sinne des Gesetzes ist jede Urkunde, mit der ein Recht derart verknüpft ist, daß es ohne die Urkunde weder geltend gemacht, noch auf andere übertragen werden kann".

Diese Definition ist eindeutig, nicht zu eng und doch klar abgrenzend gefaßt. Sie ist das Resultat einer langen Entwicklung des wissenschaftlichen Wertpapierbegriffs. Sie stimmt mit der herrschenden Meinung überein, die als gemeinsames Merkmal für alle Wertpapiere „die Verbindung eines Rechts mit einer Urkunde, derart, daß ohne die Urkunde der Gläubiger das Recht gegen den Schuldner weder geltend machen, noch auf andere übertragen kann", aufstellt[12]). Man hat dafür das Schlagwort geprägt: Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier[13]).

Schon früher hatten in der Literatur einige Juristen das Merkmal der Untrennbarkeit von Recht und Papier hervorgehoben. Grundlegend ist die Definition von Brunner: „Wertpapier ist eine Urkunde über ein Privatrecht, dessen Verwertung durch die Innehabung der Urkunde privatrechtlich bedingt ist"[14]).

Diese Definition, sowie die sich ihr anschließenden von Gierke und Adler, weichen stark von der älteren Lehre Thöls ab. Dieser bezeichnete schlechthin jede „Urkunde mit vermögensrechtlichem Inhalt" als Wertpapier[15]). Diese Definition steht durchaus in Widerspruch mit dem heutigen Sprachgebrauch. Nach ihr müßte vielen Urkunden Wertpapiercharakter zugestanden werden, denen das Gesetz sicherlich (wie z. B. dem Schuldschein) nur Beweisfunktionen geben will. Diese Lehre Thöls ist denn auch vollständig verlassen worden.

In neuerer Zeit stellt Jacobi das Merkmal auf, wonach Wertpapiere solche Urkunden sind, „deren Besitz zur Ausübung des

[12]) Vgl. Botschaft S. 109.

[13]) Wir werden sehen, daß dieser für Inhaber- und Orderpapiere ausnahmslos geltende Satz für die Namenpapiere eine gewisse Beschränkung erleidet.

[14]) Brunner, a. a. O. S. 147.

[15]) Thöl, Handelsrecht I, § 201.

verbrieften Rechts erforderlich ist“[16]), und ferner 1. der Schuldner nicht ohne Papierausweis zu zahlen braucht und 2. in dem Sinne auch nicht ohne Papier zahlen kann, als er durch Zahlung ohne Papier an den früheren Gläubiger nicht frei wird, sofern dieser bei der Zahlung nicht mehr Gläubiger ist. Jacobi betont also mehr die Legitimationskraft des Wertpapiers als die starre Verbindung von Papier und Recht. Mit einer kleinen Einschränkung deckt sich übrigens seine Auffassung mit der Regelung des Art. 946 Rev. E. III: „Der Schuldner aus einem Wertpapier ist nur gegen Aushändigung der Urkunde zu leisten verpflichtet. Der Schuldner wird durch eine bei Verfall erfolgte Leistung an den durch die Urkunde ausgewiesenen Gläubiger befreit, wenn ihm nicht Arglist oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt“.

In den Wertpapieren hat ein Privatrecht mit der Form der Urkunde eine besonders enge, eigenartige Verbindung eingegangen, sodaß das rechtliche Schicksal des Rechts von dem der Urkunde, mehr oder weniger vollständig, je nach der Art der Urkunde, abhängt. Im Gegensatz zu den Beweisurkunden ist hier das Recht vollständig mit dem Papier verknüpft, im Papier verbrieft oder verkörpert[17]).

Auch bei den Wertpapieren unterscheidet man zwischen solchen mit konstitutivem Charakter und solchen bloß deklarativer Natur. Bei ersteren ist die Entstehung des Rechts von der Beurkundung abhängig, die Urkunde ist Entstehungsform des Rechts, bei letzten entsteht das Recht vollständig losgelöst von der Existenz der Urkunde. Typus des konstitutiven Wertpapiers ist der Wechsel.

Die Stellungnahme zur Kontroverse über die Entstehung des Wertpapierrechts entweder 1. aus einseitigem Rechtsgeschäft (Kreationstheorie[18]) oder 2. aus zweiseitigem Rechtsgeschäft (Vertragstheorie) ist nur bei konstitutivem Wertpapier von Wichtigkeit. Ihre Bedeutung erschöpft sich eigentlich im Wechselrecht. Deshalb ge-

---

[16]) Jacobi in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts S. 130 und „Wertpapiere im bürgerlichen Rechte“, S. 23.

[17]) Mit Recht verlangte in der Expertenkommission Oser das Wort „verbrieft“ durch „verknüpft“ zu ersetzen, mit der Begründung, nicht unter allen Umständen sei der Wortlaut des Papiers absolut maßgebend. Auch im Wertpapierrecht gelte OR. Art. 18.

[18]) Und die Ableitung dieser Theorien, die Redlichkeitstheorie von Grünhut und Müller-Erzbach, die Emissionstheorie von Stobbe, die Eigentumsverschaffungstheorie von Lehmann.

hört eine Darstellung und Gegenüberstellung dieser Theorien nicht in den Rahmen dieser Arbeit[19]).

V. Auf der Basis dieser allgemeinen Ausführungen können wir die juristische Natur der Aktie bestimmen.

Die Bedeutung der Aktie erschöpft sich nicht im bloßen Beweise des beurkundeten Mitgliedschaftsverhältnisses. Vielmehr ist sie unzweideutig nach positiver Gesetzesnorm sowohl für die Ausübung wie für die Uebertragung der Mitgliedschaft notwendig. In der Aktie ist die Mitgliedschaft verkörpert. Sie ist nirgends, weder im OR. noch im Rev. E. III ausdrücklich als Wertpapier bezeichnet. Ihre Wertpapiernatur wird aber vom Gesetzgeber als selbstverständlich angenommen: die Ausübung des wichtigsten persönlichen Rechts des Gesellschafters, das Stimmrecht, kann nur unter Vorweisung der Aktienurkunde geschehen, wie auch die Uebertragung der Mitgliedschaft nicht ohne Uebergabe des Titels stattfinden kann (vgl. OR. 640 und Rev. E. III 692, resp. OR. 637 und Rev. E. III 685). Die Aktie fällt unter den Wertpapierbegriff des Rev. E. III Art. 945.

Nach geltendem schweizerischem Recht sowohl wie nach Rev. E. III gehört die Aktie nicht zu den konstitutiven Wertpapieren. Das Bundesgericht hat in zwei Entscheiden[20]) diese Ansicht vertreten und sich dahin geäußert, daß wenn die Aktienurkunde normalerweise Träger der Mitgliedschaft sei, sie doch nicht unbedingt als ein zur Entstehung des Aktienrechts absolut notwendiger Faktor aufgefaßt werden könne. So kann die Mitgliedschaft, wie bei den Genossenschaften und Vereinen theoretisch ohne Verurkundung bestehen. Mit der wirtschaftlichen Besonderheit der A. G. als Kapitalgesellschaft hängt es aber zusammen, daß für die Veräusserung der Anteilsrechte erleichternde Vorkehren getroffen sind, indem dieselben in Urkunden verbrieft werden. Wird die Mitgliedschaft mit einem Papier verbunden, so hat dies zur Folge, daß sich die Form der Uebertragung nach dem Rechte vollzieht, dem diese Art Urkunden unterliegen. Entsteht das Aktienrecht auch ohne Ausgabe von Aktienurkunden, so sind umgekehrt Urkunden, die vor der Eintragung der A. G. im Handelsregister (also vor Erlan-

[19]) Vgl. darüber aus der neuesten Forschung Schwerin, Recht der Wertpapiere, S. 20 und Meier, a. a. O. S. 20.

[20]) BGE. 15, S. 625 und 48 II S. 402 ff.

gung der Persönlichkeit) als Aktien ausgegeben werden, und deshalb in irreführender Weise auf ein schon bestehendes Aktienrecht schließen lassen könnten, nichtig. (OR. Art. 623 und entsprechend Rev. E. III Art. 643). Ihre Uebertragung ist verboten. Ist der Besitzer solcher Aktien zugleich auch Zeichner, so werden nach Rev. E. III Art. 643 trotz Nichtigkeit der Aktie die aus der Aktienzeichnung hervorgehenden Verpflichtungen des Zeichners nicht berührt. Für den eventuell erwachsenden Schaden haften die Herausgeber der nichtigen Titel persönlich und solidarisch.

Ist die Aktienurkunde, wie wir ausgeführt haben, für das Bestehen der Mitgliedschaft auch nicht wesentlich, so ist doch deren Ausgabe im Normalfalle selbstverständlich. Von den meisten Autoren wird auch mit Recht ein Anspruch des Aktionärs auf Ausgabe der formrichtigen auf ihn entfallenden Aktienurkunden angenommen[21]). Obschon das Gesetz die zwingende Verpflichtung zur Ausgabe von Aktienurkunden nicht vorgeschrieben hat, kann man aus der ganzen Struktur der A. G. und aus der Wertpapiernatur der Aktie folgern, daß jeder Aktionär ein unentziehbares Recht auf Ausstellung von Aktienurkunden hat. Insbesondere bestätigen die Bestimmungen von OR. Art. 614 (Ausgabe von Inhaber- oder Namenaktien) von Art. 640 (Stimmrecht abgestuft nach der Zahl der Aktien) und entsprechend die Art. 621 und 692 des Rev. E. III diese Auffassung. Von Gesetzes wegen besteht aber kein Zwang zur Ausgabe von Aktien.

VI. Auch bei den Wertpapieren ist eine Betrachtung unter verschiedenen Gesichtspunkten möglich. Es wurde bereits der Unterschied von konstitutiven und nicht konstitutiven Wertpapieren und dessen Bedeutung für die Aktie betont. Eine weitere Art der Einteilung ist diejenige nach der Person des in der Urkunde als berechtigt genannten in Namenspapiere, Orderpapiere und Inhaberpapiere[22]). Diese Gruppierung hat den Vorteil, sich einmal auf die

[21]) U. a. Gierke, Handelsrecht, 1926, S. 205. Dieser stützt sich auf zwei Entscheidungen des Reichsgerichts. RGZ. 34, 115 und 52, 428. Dann Bohne, „Die rechtliche Natur der Aktienurkunde unter besonderer Berücksichtigung nichtiger Aktienurkunden". Diss. Greifswald 1914, S. 25.

[22]) Diese Unterscheidung machten wir am Anfang allgemein für alle Urkunden. In den folgenden Ausführungen wird unter Namenpapier, Orderpapier oder Inhaberpapier nach gesetzlichem Sprachgebrauch eine Urkunde mit Wertpapiercharakter verstanden.

Autorität Brunners zu stützen und ferner im Einklang mit der rein äußerlichen Einteilung der meisten Gesetze zu sein. Auf dem Boden des wirtschaftlichen Denkens unternimmt Schwerin eine neuartige Einteilung der Wertpapiere nach der Funktion, die ihnen im Verkehr zukommt, nach ihrer Zirkulationsfähigkeit: er unterscheidet Wertpapiere „öffentlichen Glaubens" (Inhaberpapiere und technische Orderpapiere) einerseits und Rectapapiere und einfache Orderpapiere andererseits[23]).

Für unsere Untersuchung wird die Einteilung nach der Person des Berechtigten wegleitend sein; für den Spezialfall der Aktie also eine Gruppierung nach Aktienarten in Inhaber- und Namenaktien und ferner vinkulierten Namenaktien.

Sowohl nach OR. wie nach Rev. E. III liegt es im Ermessen der Gesellschaft, Aktientitel auf den Inhaber oder auf den Namen auszugeben. Auch sind beide Formen nebeneinander zulässig (OR. Art. 614, resp. Rev. E. III Art. 621). Doch schränkt ein durch Bundesratsbeschluß vom 8. Juli 1919 hinzugefügter Zusatz zu OR. 614 diese Freiheit in der Weise ein, als Aktien von neugegründeten Gesellschaften mit einem Kapital von weniger als 500 000 Fr. nur auf den Namen ausgestellt werden dürfen[24]).

Der Rev. E. III hat diese Bestimmung, die in manchen Fällen eine Erschwerung der Kreditverhältnisse kleinerer Gesellschaften mit sich brachte, ohne, wie sie es bezweckte, ihnen einen persönlicheren und nationaleren Charakter zu geben, mit Recht fallen gelassen. Dafür hat die Revision nach dem Vorbild der modernen Gesetzgebungen aller angrenzenden Länder die Volliberierung der Inhaberaktien bestimmt und damit eindeutig die Haftungsverhältnisse aus diesem Papier geregelt. Wir werden die Frage bei der speziellen Untersuchung über die Inhaberaktie näher zu erörtern haben.

---

[23]) Schwerin, a. a. O. S. 11 ff.

[24]) In der Schweiz überwiegen der Zahl nach die kleineren und mittleren A. G. mit einem Grundkapital bis zu 500 000 Fr. (1930: 10 916 bei einer Gesamtzahl von 12 542). Demnach überwiegen auch der Zahl nach die Gesellschaften mit Namenaktien, während dem repräsentierten Kapital nach die Inhaberaktien ca. um das Doppelte (5 209 238 000 Fr. gegen 2 667 498 000 Fr.) vor den Namenaktien überwiegen. Bei den Neugründungen überwiegen die kleineren A. G. mit Namenaktien (Zahl: 144: 124, Kapital 111 998 Fr.: 252 890 Fr.). Angaben aus dem statistischen Jahrbuch der Schweiz 1929/30.

Da nach geltendem OR. (Art. 636) auch Inhaberaktien nicht voll (sondern nur zu 50%) einbezahlt sein müssen, gilt für beide Aktienarten die Formvorschrift, daß auf dem Titel der wirklich einbezahlte Betrag deutlich angegeben werden müsse. Der Rev. E. III (Art. 688) behält diese Vorschrift für die Namenaktie.

Wie das geltende OR. (vgl. die Art. 612, 614, 637) hat sich auch der Rev. E. III (vgl. die Art. 619, 623, 683)in gleicher Weise zu der Frage geäußert, in welcher Weise in der Aktienurkunde der vermögensrechtliche Anteil des Aktionärs, der Nennwert der einzelnen Kapitaleinlage angeführt werden sollte. Möglich ist die Angabe des Teilbetrages als eine bestimmte Teilsumme (in der sog. Summenaktie) oder in einem Bruchteil des Grundkapitals (in der sog. Quotenaktie). Geltendes Recht und Revision kennen (wie auch das gesamte Ausland) nur die Summenaktie. So wird auch künftighin eine Aktie über 1000 Fr. einer A. G. mit einem Grundkapital von 1 Million in der Aktienurkunde als „Aktie über 1000 Fr." und nicht als „Aktie über $^1/_{1000}$ des Grundkapitals von 1 Million" bezeichnet sein. Gründe der Uebersichtlichkeit im Börsenverkehr rechtfertigen das angenommene System ohne weiteres, hauptsächlich bei zirkulationsfähigen Aktien. Bei Quotenaktien sind Schwankungen des Börsenkurses viel schwieriger zu erkennen.

Juristisch ist in diesem Zusammenhange die Frage zu untersuchen, welche Bedeutung der Angabe des Aktienbetrages zuzumessen sei. Soll damit gesagt sein, daß dem Aktionär ein Anspruch auf die angegebene Summe im Falle der Auflösung der Gesellschaft zukommt? Oder bezeichnet der angebene Nennwert bloß ein Verhältnis zum Gesamtvermögen der Gesellschaft?

Diese letztere Meinung ist als die richtige zu betrachten, wie sich aus der Interpretation von OR. Art. 629, 3 und Art. 667 (resp. Rev. E. III Art. 680 und 734) unzweideutig ableiten läßt. Der angegebene Nennwert der Aktie bildet einzig die Basis, nach welcher das Maß der Vermögensrechte (Dividendenrecht und Anspruch auf Liquidationsquote, nach Rev. E. III auch das Stimmrecht) des Aktionärs berechnet wird[25]), und fixiert niemals eine Forderung des

[25]) Dies gilt für den Normalfall, daß im Verhältnis zur Zahl der Aktien den Aktionären die gleichen Rechte eingeräumt werden. Daneben gibt es die häufigen und bekannten Ausnahmen, daß die Vermögensrechte nach verschiedenen Aktiengattungen (Prioritätsaktien usw.) unter ganz andern Gesichtspunkten bemessen werden.

Aktionärs in Höhe der angegebenen Summe weder vor noch bei Auflösung der Gesellschaft.

Art. 640 des geltenden Rechts stellt die Regel auf, daß das Stimmrecht des Aktionärs sich nach der Zahl der Aktien bemißt. Obschon die herrschende Meinung hier zwingendes Recht annimmt, und ferner den Satz „jeder Aktionär, auch wenn er nur eine Aktie besitzt, hat eine Stimme" dahin auslegt, daß einer Aktie nicht mehr als eine Stimme gegeben werden könne[26]), hat sich in der schweizerischen Praxis, wie auch im Auslande die Ausgabe von sog. Mehrstimmrechtsaktien in großem Umfange eingebürgert.

Die Einräumung von Stimmrechtsprivilegien ist in drei Formen möglich:

1. Die sog. offene Form des Pluralstimmrechts: sie wird erreicht durch Ausgabe von Aktien mit gleichem Nennbetrag, die aber mit verschieden hohem Stimmrecht ausgerüstet sind.

2. Die verdeckte Form des Pluralstimmrechts, erreicht durch Ausgabe von Aktien mit verschiedenem Nennbetrag, deren Stimmrecht aber gleich ist.

3. Ausgabe von Stammaktien mit volliberiertem Betrag und je einer Stimme, und Prioritätsaktien (sehr oft als vinkulierte Kleinaktien) auf die nur eine bestimmte kleinere Quote einbezahlt ist, die aber auch eine Stimme geben.

Mit allen drei Methoden wird dasselbe Resultat erreicht: im Verhältnis zur faktischen Kapitalbeteiligung, die sie verbriefen, gewähren einzelne privilegierte Aktien ein viel größeres Stimmrecht als die nicht privilegierten[27]). Der Rev. E. III hat sich gegen die Zulässigkeit von Stimmrechtsprivilegien erklärt und in Art. 692 ausdrücklich festgesetzt, daß allen Aktien, nach Verhältnis ihres Nominalwerts das gleiche Stimmrecht einzuräumen sei. An diesem Verbot ist von Vertretern der Handels- und Industriekreise scharfe Kritik und damit ein solcher Druck auf die gesetzgebenden Kammern ausgeübt worden, daß der Ständerat (Sitzung vom Februar 1929) die Beibehaltung des Stimmrechts nach der Aktienzahl (OR. Art. 640) beschloß.

---

[26]) Bachmann, Kommentar zu Art. 640.

[27]) Vgl. dazu eine Anzahl charakteristischer Beispiele bei Curti, a. a. O. S. 90 ff.

Obwohl auch diese Lösung nicht als befriedigend angesehen werden kann, da sie in keiner Weise den Gefahren des Pluralstimmrechts zu begegnen sucht, ist sie doch den modernen wirtschaftlichen Bedürfnissen (Schutz gegen Ueberfremdung, Kontinuierlichkeit in der Verwaltung) besser angepaßt als das radikale Verbot, wie es der Rev. E. III vorläufig aufstellt[28]).

Als Wertpapier unterliegt die Aktie den allgemeinen Bestimmungen der Art. 950 ff. des Rev. E. III über die gerichtliche Kraftloserklärung von Wertpapieren. Wird eine Aktie vermißt, so kann sie im Gegensatz zu einer Beweisurkunde gerichtlich für kraftlos erklärt werden. Den Antrag kann derjenige stellen, der zur Zeit des Verlustes oder zur Zeit seiner Entdeckung am Papier berechtigt ist, also der jeweilige Besitzer einer Inhaberaktie und der letzte Indossatar einer Namenaktie. Nach der Kraftloserklärung kann der Berechtigte sein Mitgliedschaftsrecht auch ohne die Urkunde geltend machen oder die Ausstellung einer neuen Aktie verlangen. Diese Ordnung entspricht der unter geltendem OR. bestehenden Regelung. Die Inhaberaktie kann nach den allgemeinen Vorschriften über die Inhaberpapiere (OR. Art. 849 ff.) gerichtlich kraftlos erklärt werden. Für die Namensaktie gilt ein ausdrücklicher Verweis in OR. Art. 844, 2 auf die entsprechende Anwendung der Sätze über die gerichtliche Amortisation der Inhaberpapiere[29]).

---

[28]) Zu dieser Frage, auf die hier nicht näher eingetreten werden kann, vgl. das grundlegende Werk von Planitz: „Die Stimmrechtsaktie, Leipzig 1922, und ferner folgende, die schweizerischen Verhältnisse schildernde Literatur: Curti, a. a. O. S. 88 ff. und Ztschr. „Die schweizerische A. G.", Jahrgang 1, Nr. 1 und 2 (1928). Bombacher, „Die Aktie als Grundlage des Stimmrechts", Hamburg, Diss. 1924. Hinderling: Z. f. schw. R., Bd. 48, n. F. S. 109 (1929). Gampert: „Des actions à vote plural", Genf 1930. Janggen: Schw. J. Ztg. 1930 (1. Jan.). Wieland: Z. f. ausl. und intern. Privatrecht, 2. Jahrg., S. 198. Funk: Schw. J. Z., Jahrg. 1927/28, S. 375. Ferner als neueste Forschung über diese Frage die Abhandlung von Rosset: „Les actions à vote plural et privilégié en droit suisse", Paris-Lausanne 1930. Rosset will grundsätzlich das Pluralstimmrecht anerkennen, es jedoch gewissen Beschränkungen unterwerfen. So soll namentlich das mit privilegiertem Stimmrecht ausgerüstete Kapital nicht kleiner sein dürfen als $^1/_4$ des Gesamtkapitals, eine praktische Lösung, der man sich anschließen kann.

[29]) Für das Verfahren verweise ich auf die Art. 850 ff. OR. und entsprechend Art. 956 in Verbindung mit Art. 961 ff. Rev. E. III. Vgl. ferner dazu die Ausführungen von Zimmerli: „Die gerichtliche Kraftloserklärung von Wertpapieren", Bern, Diss. 1919, S. 15 ff.

2. Die Inhaberaktie.

I. Eine Aktie wird als Inhaberaktie bezeichnet, wenn sie als mitgliedschaftsberechtigten Aktionär den Besitzer oder Ueberbringer des Titels nennt, negativ ausgedrückt, eine nicht bestimmte Person. Dies kann wörtlich geschehen oder sich auch bloß aus dem Sinne des Textes ergeben (vgl. Rev. E. III Art. 957, der dies ausdrücklich bestimmt).

Der Gedanke liegt nahe, für die Inhaberaktie als eines der typischsten zirkulationsfähigen Wertpapiere des modernen Wirtschaftslebens ohne weiteres die Geltung der allgemeinen Rechtssätze des OR. (Art. 846 ff.) resp. Rev. E. III (Art. 957 ff.) über die Inhaberpapiere anzunehmen. Wir werden aber sehen, daß die speziellen Regelungen des Aktienrechts der Inhaberaktie im Verhältnis zur allgemeinen Struktur der Inhaberpapiere besondere Eigentümlichkeiten verleihen.

Setzen wir demnach zunächst den Begriff und die wichtigsten juristischen und wirtschaftlichen Funktionen der Inhaberpapiere fest, um dann die Inhaberaktie speziell zu untersuchen.

Das geltende OR. definiert die Inhaberpapiere nicht, sondern spricht nur vom Rechtsschein, der von ihnen ausgeht: „Ist in einer Urkunde eine Leistung an den Inhaber versprochen, so gilt dieser als forderungsberechtigt (OR. Art. 846". Der Rev. E. III gibt dagegen eine richtige Legaldefinition: „Ein Wertpapier wird als Inhaberpapier behandelt, wenn aus der Form oder dem Wortlaut ersichtlich ist, daß der jeweilige Inhaber als Berechtigter anerkannt wird. (Art. 957)". Bei den Inhaberpapieren treffen wir in ihrem intensivsten Ausdruck die den Wertpapieren eigentümliche enge Verknüpfung von Papier und Recht, die durch den, für sie absolut geltenden, schon oben erwähnten Satz veranschaulicht wird: Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier.

Indem Art. 846 OR. zu Gunsten des Besitzers der Urkunde die Vermutung ausspricht, er sei Berechtigter aus dem Papier, betont er ausdrücklich den von Inhaberpapieren ausströmenden, charakteristischen Rechtsschein: Jeder Inhaber hat den Rechtsschein für sich, aus dem Papier berechtigt zu sein. Diese Legitimationskraft des Papiers zu Gunsten des Gläubigers macht sich praktisch geltend in der Umkehrung der Beweisrolle. Der Inhaber muß weder seine Gläubigerrechte, noch ein dingliches Recht am Papier oder

eine Bevollmächtigung zur Geltendmachung des Rechts beweisen, sondern kann sich einfach auf die Innehabung der Urkunde stützen. Wird von einem Dritten die Berechtigung des Inhabers bestritten, so gebührt es ihm, den Beweis seiner Behauptung zu erbringen. Einreden des Schuldners aus dem Rechtsgrund sind ausgeschlossen. Sie können nur in einem Ausnahmefall geltend gemacht werden, nämlich wenn ein gerichtliches oder polizeiliches Zahlungsverbot an ihn erlassen worden ist (OR. Art. 846 resp. Rev. E. III Art. 957,2).

Die Verbriefung des Rechts in einem Papier, in einer S a c h e, die zum Wesen der Wertpapiere und speziell der Inhaberpapiere gehört, hat zur Folge, daß zur Uebertragung des Rechts die Uebergabe der Urkunde nach sachenrechtlichen Regeln maßgebend ist. So geschieht bei den Inhaberpapieren, als den am einfachsten im Verkehr zu behandelnden Titeln die Uebertragung des Rechts durch Einigung und Uebergabe der Urkunde. Darin äußert sich die hauptsächlichste wirtschaftliche Funktion der Inhaberpapiere, die darin besteht, die möglichst gesteigerte Verkehrsfähigkeit der in ihnen verkörperten Rechte zu erreichen. Ihre Form, die Art der Bezeichnung des Berechtigten, die Uebertragungsvorschriften, sind auf große Fungibilität zugeschnitten, während scharfe Kautelen zum Schutze des Erwerbers aufgestellt sind. Mit den technischen Orderpapieren[30]) zusammen sind deshalb die Inhaberpapiere die eigentlichen Wertpapiere im engeren Sinne, die Wertpapiere „öffentlichen Glaubens", auf welche ursprünglich das ganze Institut der Wertpapiere zugespitzt war[31]).

Zur w i r t s c h a f t l i c h e n F u n k t i o n der erhöhten Zirkulationsfähigkeit gehört j u r i s t i s c h die Beschränkung der Einreden gegen den gutgläubigen Dritterwerber. Gleich wie bei den Sachen des ZGB. soll ein Dritterwerber, der bona fide ein Inhaberpapier, auch von einem Nichtberechtigten erhält, in seinem Erwerbe geschützt sein. Dazu ist er nach ZGB. Art. 935 bei abhan-

[30]) Vgl. die Ausführungen auf S. 52.

[31]) In 40jähriger Praxis (bis 1923) anerkannte das Bundesgericht nur diese Papiere als Wertpapiere. Vgl. dazu S. 59 ff. Noch in der Expertenkommission, die den Entwurf III ausarbeitete, stellte Ostertag den Antrag, die Definition der Wertpapiere so zu fassen, daß sie „Verkehrspapiere" sein sollten. Diese Umschreibung ist aber mit Recht als für das moderne Wirtschaftsleben zu eng, fallen gelassen worden.

den gekommenen Inhaberpapieren noch vor einer Vindikation gesichert[32]).

Kann sich der gutgläubige Erwerber auf den Rechtsschein des Besitzers des Inhaberpapiers stützen, so kann umgekehrt der Schuldner in diesem Sinne auch nicht ohne Urkunde erfüllen, als er Gefahr laufen würde, ein weiteres Mal, diesmal gegen Präsentation der Urkunde zahlen müssen. Der Schuldner wird nur durch Leistung an den durch die Urkunde ausgewiesenen Gläubiger befreit.

Die Inhaberpapiere, die sich vorbehaltlos unter die Art. 846 ff. OR. resp. 957 ff. Rev. E. III einreihen lassen, pflegt man als skripturmäßige Inhaberpapiere zu bezeichnen. Unter Skriptur im engeren Sinne wird die Summe aller geschriebenen Worte und Zahlen verstanden, die man auf der Vorderseite eines Wertpapiers wahrnehmen kann und die zu seinem Texte gehören[33]). Skripturmäßige Wertpapiere sind nach herrschender Meinung solche, bei denen das Recht für Berechtigten und Verpflichteten nur in der Weise besteht, als es aus der Skriptur ersichtlich ist[34]). Die Skriptur gibt dem Umfang des beurkundeten Rechts an und auf diese, aus dem Papier ersichtlichen Abgrenzung nach unten und nach oben, können sich beide Parteien verlassen.

II. Daß sich die Inhaberaktie nur insoweit unter die allgemeinen Regeln der zitierten Artikel über die Inhaberpapiere subsummieren läßt, als nicht aktienrechtliche Vorschriften entgegenstehen, geht ohne weiteres aus der Rechtsregel hervor, daß die Lex specialis der Lex generalis überzuordnen ist. Der Komplex der verbrieften Mitgliedschaftsrechte ergibt sich für die Inhaberaktie nicht bloß aus dem Papier, sondern in Verbindung mit diesem auch aus den Statuten[35]). Deshalb wird der Aktie von der herrschenden Meinung

---

[32]) „Geld- und Inhaberpapiere können, auch wenn sie dem Besitzer gegen seinen Willen abhanden gekommen sind, dem gutgläubigen Empfänger nicht abgefordert werden".

[33]) Morgenthaler: „Die Bedeutung der Skriptur im Wertpapierrecht". Diss. Bern 1921. Vgl. Einleitung und S. 85.

[34]) Von den Inhaberpapieren als typische Beispiele: Die Inhaberschuldverschreibung, die Banknoten, die Inhaberkassascheine, Inhaberschecks, Inhaberschuldbrief und -gült. Von den Orderpapieren vor allem der Wechsel.

[35]) Oefters macht der Text der Aktienurkunde selbst darauf aufmerksam, häufig in der Formulierung: „Der Inhaber dieser Aktie ist für den Betrag von ..... Fr. bei der ..... A. G. mit allen gesetzlichen und statutengemäßen Rechten und Pflichten beteiligt.

die Skripturmäßigkeit abgesprochen[36]). Dazu wird ausgeführt, daß sich Einreden nicht nur aus der Urkunde oder aus persönlichen Gründen gegen den Berechtigten ergeben, sondern auch aus besonderen Vorschriften des Aktienrechts abgeleitet werden können. Obschon einer Stellungnahme zu dieser Frage m. E. keine große praktische Bedeutung beizumessen ist, ist sie doch erwähnenswert, weil mit ihrer Beantwortung versucht werden kann, eine Begründung für die Beurteilung der Zulässigkeit der sog. Legitimationsübertragung zu finden, eine in der aktienrechtlichen Praxis sehr häufige und stark angegriffene Erscheinung.

Die Legitimationsübertragung findet vor allem statt bei Inhaberaktien zum Zwecke der Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung. Dabei fehlt, im Gegensatz zur fiduziarischen Uebertragung der Wille, das Vollrecht zu übertragen[37]). Der Erwerber soll nicht Berechtigter werden, sondern nur äußerlich als solcher legitimiert erscheinen.

Ueber die Zulässigkeit oder das Verbot der Legitimationsübertragung ist aus dem geltenden OR. nichts abzuleiten. Einzig wird über das Stimmrecht die Regel aufgestellt, daß jeder Aktie eine Stimme gewährt werden müsse und ein einzelner Aktionär nicht mehr als $^1/_5$ der sämtlichen vertretenen Stimmrechte in sich vereinigen könne.

Nimmt man nun an, daß die Inhaberaktie ohne Einschränkung ein Inhaberpapier im Sinne der allgemeinen Bestimmungen des OR. resp. Rev. E. III sei, dann muß ohne weitere Legitimationsprüfung jeder Inhaber einer Aktie, gestützt auf den Rechtsschein der Berechtigung, in der Generalversammlung als stimmfähig angesehen werden. Obschon dies in den praktischen Fällen die Regel ist, muß zugegeben werden, daß eine ausnahmslose Anwendung dieses Grundsatzes einer gefährlichen Erscheinung, dem Strohmännertum, alle Tore öffnet. Zur Umgehung gesetzlicher oder statutarischer Stimmrechtsbeschränkungen werden Inhaberaktien von ihrem Eigentümer unter mehrere Vertreter verteilt und diese stimmen mit den ihnen „zur Legitimation" übertragenen Aktien nach den Weisungen des Eigentümers.

Obschon sich in praxi dieser häufig vorkommende Fall fast immer jeglicher Kontrolle entziehen kann, hat doch das Bundesge-

[36]) U. a. von Meier, a. a. O. S. 69. Morgenthaler, a. a. O. S. 82. Hospenthal, a. a. O. S. 83.

[37]) In diesem Sinne Schwerin, a. a. O. S. 15.

richt[38]) versucht, allzu offenbaren Mißbräuchen entgegenzutreten. Aus dem letzten diese Frage berührenden Entscheid (1927) sei folgende Argumentation wörtlich zitiert: „Der bloße Besitz von Inhaberaktien ist keine unbedingte, jeden Gegenbeweis ausschliessende Legitimation für die Ausübung des Stimmrechts, denn das Stimmrecht des Aktionärs ist kein Forderungsrecht, d. h. ein Recht auf eine Leistung der Gesellschaft, und deshalb finden die Bestimmungen des Art. 846 ff. über die Inhaberpapiere in dieser Beziehung keine Anwendung. Art. 640 OR. würde seine Bedeutung zum größten Teil verlieren, wenn die Legitimation schlechthin durch den Besitz der Aktie geleistet werden könnte und der Gesellschaft und den übrigen Aktionären nicht die Befugnis zustünde, dem Pseudoaktionär sein Nichtrecht entgegenzuhalten, sofern die Form der Besitzesübertragung zur Umgehung der Stimmrechtsbeschränkungen gebraucht werden will.

Ein Aktionär kann, vorbehaltlich einer gegenseitigen Bestimmung in den Statuten, entweder einen Dritten nach Stellvertretungsgrundsätzen zur Stimmrechtsausübung ermächtigen, oder aber auf ihn die mit dem Aktientitel verknüpften Rechte selbst übertragen, keineswegs aber ihm nur gerade die Legitimation zur Rechtsausübung durch Uebertragung des Besitzes an den Aktien verschaffen".

Mit andern Worten ist die Uebertragung des Vollrechts der vollen Mitgliedschaft nötig, mit der Folge, daß der Legitimationszessionar nicht nur äußerlich berechtigt wird, und insbesondere das Stimmrecht ausüben kann, sondern zugleich gegenüber der Gesellschaft auf die Pflichten des Aktionärs eingeht.

Eine solche Regelung geht entschieden zu weit und ist deshalb vom Rev. E. III mit Recht auch nicht übernommen worden. Die Vertretung eines Aktionärs durch einen Dritten nach allgemeinen Regeln der Stellvertretung wird in Art. 689 ausdrücklich zugelassen, wenn nicht ein statutarisches Verbot dagegen besteht. Die Legitimationsübertragung ist aber erlaubt, wenn damit nicht eine Umgehung statutarischer[39]) Stimmbeschränkungen beabsichtigt wird. Da-

[38]) BGE. 23. 926; 25. 83. u. 53 II 47 (1927).

[39]) Die gesetzliche Stimmrechtsbeschränkung, wonach kein Aktionär mehr als den 5. Teil sämtlicher vertretenen Stimmrechte auf sich vereinigen darf, ist in der Praxis als unbillige Fessel angefochten und deshalb im Rev. E. III fallen gelassen worden. Dagegen sind statutarische Stimmrechtsbeschränkungen erlaubt.

mit aber anerkennt der Rev. E. III, daß die Inhaberaktie im Normalfalle als ein Inhaberpapier nach den zit. Artikeln behandelt werde. Die Botschaft (S. 43) gibt die fast gänzliche Machtlosigkeit des Gesetzes, das Strohmännertum vollständig einzudämmen, wegen der Schwierigkeit, im konkreten Fall den Tatbestand des Entlehnens oder Leihens mit Umgehungsabsicht festzustellen, unumwunden zu. Doch dürfe nicht darauf verzichtet werden, so gut als möglich gegen unlautere und betrügerische Manöver einzuschreiten. Deshalb wird jedem Aktionär die Befugnis gegeben, gegen die Teilnahme unbefugter und unberechtigter Personen an der Generalversammlung bei der Verwaltung Einspruch zu erheben (Rev. E. III Art. 691,2). Es ergibt sich aus der Natur der Sache, daß dieser Einspruch in der Generalversammlung selber durch die Verwaltung so schnell als möglich zu erledigen ist. Deshalb ist es begreiflich, daß in diesem Stadium von einer Einmischung des Richters abgesehen werden mußte.

Mehr als von einer strengen theoretischen An- oder Aberkennung der Skripturmäßigkeit der Aktie hängt die Beurteilung der Legitimationsübertragung von praktischen Erwägungen ab.

Sicher ist, daß die Inhaberaktie, als typisches Zirkulationspapier insofern den skripturmäßigen Wertpapieren sehr ähnlich sieht, als ihr Text für das beurkundete Recht in dem Sinne skripturrechtlich maßgebend ist, als es in der Regel selbst für den Umfang dieses Rechts auf die Statuten zu verweisen pflegt. Zusammenfassend müssen wir uns bei der Festsetzung der Rechtsnatur der Inhaberaktie mit dem Ergebnis begnügen, sie als ein besonders geartetes, erhöht verkehrsfähiges und in der Regel (d. h. im normalen Umlauf) als Inhaberpapiere in engerem Sinne behandeltes Wertpapier zu bezeichnen.

III. Die Uebertragung des Rechts an der Inhaberaktie verschafft dem Erwerber wie bei allen Inhaberpapieren ohne weiteres das Vollrecht aus der Urkunde, hier die Mitgliedschaft zur A. G. Gegenstand des Uebertragungsaktes ist die Globalmitgliedschaft, die wir eingangs definierten als ein komplexes Rechtsverhältnis, eine Summe von Rechten und Pflichten sowohl vermögensrechtlicher als herrschaftsrechtlicher Natur. Auf den Erwerber geht demnach über sowohl die Summe aller einzelnen Rechte, als auch die Summe aller einzelnen Pflichten aus der Mitgliedschaft. Als Haupt-

pflicht im Mitgliedschaftsverhältnis nannten wir die Pflicht zur Einzahlung des für die Aktie statutenmäßig bestimmten Nennbetrags. Unter der Herrschaft des geltenden Rechts, das in Art. 636 bestimmt, daß Aktientitel auf den Inhaber nur, aber auch bereits schon nach Einzahlung von 50 % ihres Nennwerts ausgegeben werden dürfen, hat sich die Frage erhoben: Wer haftet für den nichteinbezahlten Betrag einer Inhaberaktie?

Nach den erwähnten allgemeinen Regeln des Wertpapierrechts scheint die Antwort sich ohne weiteres aus der engen Verknüpfung von (Mitgliedschafts-) Recht und Papier zu ergeben: Es haftet als Erster der originäre Erwerber der Aktie, der Zeichner, und bei Weiterbegebung des Titels der jeweilige Inhaber für Volleinzahlung. Als gesetzliche, mit der Aktienurkunde verbundene Verpflichtung geht die Pflicht zur Resteinzahlung mit der Aktienübertragung auf den Erwerber über. Nur in dieser Weise ist für den Restbetrag immer ein Schuldner vorhanden.

Nun erlaubt aber das OR. (Art. 636,3) eine Entlastung des Zeichners einer Inhaberaktie nach Einzahlung von 50%[40]), allerdings mit der Einschränkung, daß dies in den ursprünglichen Statuten vorgesehen sein muß und demnach eine Entlastung durch nachträgliche Statutenänderung aus begreiflichen Gründen des Gläubigerschutzes der Nichtigkeit ausgesetzt wäre. Hier wird die aufgeworfene Frage bedeutend komplizierter. Wer haftet nun bei Entlastung des Zeichners für den nichteinbezahlten Restbetrag?

Das Bundesgericht hat sich in dieser Streitfrage der praktischen Auswirkung des Art. 636,3, in einem stark angegriffenen, auch m. E. der Kritik nicht standhaltenden Entscheid[41]) folgendermaßen geäußert: Ob in den Statuten die Entlassung des Zeichners nach Einzahlung von 50% vorgesehen ist oder nicht, so haftet der spätere Erwerber regelmäßig nicht, es sei denn, er habe die Verpflichtung zur Resteinzahlung in einer besonderen vertraglichen Abmachung unter Annahme als Schuldner durch die Gesellschaft,

---

[40]) Bis zur Einzahlung von 50% des Nominalbetrages bleibt der Zeichner unbedingt haftbar, auch wenn er sein Anrecht auf einen andern überträgt und dieser die Verpflichtung zur Einzahlung übernommen hat. (Art. 636, 2).

[41]) BGE. 50 II, 473. 1924.

ausdrücklich übernommen[42]). Das Bundesgericht sieht in dieser Entlassung des Zeichners einen zuerst persönlichen Ausschluß der Haftung, während der Innehabung der Aktie durch letzteren. Es dehnt dann diesen persönlichen Ausschluß auch auf die späteren Erwerber aus. Demnach würde folgender Zustand eintreten: So lange der Zeichner die Aktien inne hat und auch bei Weiterbegebung der Titel an weitere Aktionäre, ist nach dessen Entlassung für die restlichen 50% überhaupt kein Schuldner vorhanden, wenn der besondere Vertrag mit der Gesellschaft nicht geschlossen wird. Damit wird aber die Angabe des vollen 100%igen Grundkapitals eine reine Fiktion.

M. E. bleibt die Summe aller Rechte und Pflichten mit der Urkunde beim Inhaber, in diesem Falle beim Zeichner, so lange dieser den Titel nicht weitergibt. Die statutarisch vorgesehene Entlastung kann nur bei Weiterbegebung der Aktientitel erfolgen, durch diese Weiterbegebung aber tritt automatisch der Erwerber als neuer Schuldner für den Restbetrag ein. Das Bestehen dieser Verpflichtung aus dem Papier ergibt sich übrigens aus der Skriptur der Inhaberaktie, die gleich wie diejenige der Namenaktie nach OR. Art. 638 den wirklich auf den Nennwert einbezahlten Betrag deutlich anzugeben hat. Der ganze Sinn von O. R. Art. 636,3 geht darauf aus, die Möglichkeit der Nichtentlastung des Zeichners, bei Weiterbegebung der Titel, also seine subsidiäre Haftung hinter dem Inhaber (der in erster Linie aus der Innehabung der Urkunde haftet) zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft vorzubehalten. Nur diese Lösung steht im Einklang mit der von uns gegebenen Definition der Aktie und läßt sich mit ihrem Wertpapiercharakter vereinbaren.

Der Rev. E. III macht der Meinungsverschiedenheit über die Haftung für den nichteinbezahlten Betrag der Inhaberaktie dadurch ein Ende, daß er für deren rechtsgültige Ausgabe nun Vollieberierung verlangt. Vorher ausgegebene Aktien sind nichtig. Damit wird im Anschluß an die ausländische Gesetzgebung einem

---

[42]) Meier-Wild wirft in der Schweiz. Jur. Ztg. 1925, S. 329 ff. (zur Haftung des Inhabers einer Inhaberaktie für den nichteinbezahlten Betrag) dem Bundesgericht mit Recht vor, es habe dadurch, daß es die Haftung des späteren Inhabers einer Inhaberaktie als Naturalobligation konstruiere, eine nichtbestehende Lücke in das Gesetz hineininterpretiert. Vgl. dazu ferner eine Kritik in der N. Z. Z. 1925, Nr. 113, und Curti, a. a. O. S. 52.

schon lange dringend aufgestellten Postulat Rechnung getragen. Die Sicherheit der Gläubiger der Gesellschaft wird durch die Volleinzahlung des Kapitals bedeutend erhöht, wie auch die Sicherung aus der Urkunde selbst verschärft wird. Mit der Begründung der Botschaft (S. 39, 40) ist durchaus einig zu gehen: „Es ist unbestreitbar, daß die nicht einbezahlten 50% ein Aktivum der Gesellschaft bedeuten, auf dessen Eingang nicht sicher, und am wenigsten in Zeiten der Krise, gerechnet werden kann. Damit wird aber dem Gläubiger eine Sicherheit vorgetäuscht, die sich in Zeiten der Not tatsächlich verflüchtigt. Vom Gesichtspunkte einer klaren Regelung der Haftungsverhältnisse und mit Rücksicht auf eine saubere Bilanzierung muß verlangt werden, daß Inhaberaktien erst nach Volleinzahlung ausgegeben werden dürfen".

Mit der Abtretung des Vollrechts an der Urkunde gehen die Verwaltungsrechte auf den neuen Aktionär über. Er wird in der Generalversammlung stimmberechtigt. Wer aber übt die Rechte aus in den beiden Fällen beschränkt dinglicher Berechtigung a) der in Nutznießung stehenden und b) zu Pfand übergebenen Inhaberaktien?

ad a) Der Nutznießer an Aktien hat den Besitz, den Gebrauch und die Nutzung des Titels nach ZGB. Art. 905. Er kann die Vermögensrechte (Dividendenbezugsrecht) geltend machen. Umstritten ist dagegen, ob er in der Generalversammlung das Stimmrecht ausüben könne. Anlaß zur Meinungsverschiedenheit gibt der nicht seltene Gegensatz der Interessen des Nutznießers und des materiell berechtigten Eigentümers. Der Eigentümer wird in der Regel als Hauptinteresse die Erhaltung, den Schutz des Unternehmens (insbesondere durch eine einsichtige Dividendenpolitik) vor Augen haben, während das Interesse des Nutznießers zweiseitig sein kann: Erhaltung des Unternehmens einerseits, auf der andern Seite aber Bezug möglichst hoher Dividenden, wobei natürlich der letztere Gesichtspunkt, zum Schaden der finanziellen Basis der A. G., die Ueberhand gewinnen kann. Es besteht die Gefahr, daß mit dem Unternehmen gewissermaßen „Raubbau" getrieben wird (vgl. als Parallele dazu die in ZGB. Art. 770 aufgestellten Schutzbestimmung bei Nutznießung an einem Wald). Die Stellungnahme des Nutznießers in der Generalversammlung bei der Beratung über die Verwendung des Gewinns wird sich durch Stimmabgabe für eine erhöhte Dividendenausschüttung fühlbar machen. Die Frage erhebt

sich, wessen Interessen als die überwiegenden betrachtet werden sollen. Für den Nutznießer sprach die bereits bestehende formelle Legitimation, der Besitz der Urkunde, ferner Abs. 2 des Art 755 ZGB., wonach er die Verwaltung des Nutznießungsobjektes zu besorgen habe. Die Ausübung des Stimmrechts wird als Verwaltungshandlung angesehen[43]). Doch kann auch angeführt werden, daß die Ausübung des Stimmrechts eine Verfügungshandlung darstelle (Verfügung über die Verwendung des Jahresnutzens) und eine solche dem Nutznießer verboten sei. Das Bundesgericht[44]) erwog die verschiedenen Gründe, die für und gegen das alleinige Stimmrecht des Nutznießers oder des Eigentümers sprechen. Es kam zum Schluß, daß die einzig den Verhältnissen gerecht werdende Lösung diejenige sei, „wonach zur Ausübung des Stimmrechts grundsätzlich beide Beteiligten zusammenwirken müssen, ähnlich wie Miteigentümer an der Aktie". Denn wenn auch Eigentümer und Nutznießer nicht Miteigentümer im rechtlichen Sinne seien, so seien sie es doch in wirtschaftlicher Hinsicht.

Einer Regelung des Verfahrens dieses, zur Wahrung beidseitiger Interessen erforderlichen Zusammenwirkens, weicht das Bundesgericht aus. Es begnügt sich mit einigen Andeutungen[45]), die aber zur Genüge zeigen, welche Schwierigkeiten gerade in der praktischen Durchführung des Prinzips des Zusammenwirkens bei Uneinigkeit der Parteien bestehen würden.

M. E. hat die im Verkehr aufgekommene Usance, dem Nutzniesser das Stimmrecht zu überlassen, ihre volle Berechtigung. Sein direktes, unmittelbares Interesse verdient in erster Linie Berücksichtigung, wenn auch unter Aufstellung gewisser Kautelen zum Schutze der wirtschaftlichen Stellung des Eigentümers, die durch die Nutznießung nicht verschlechtert werden soll. Der Eigentümer

---

[43]) Vgl. Curti, a. a. O. S. 87: „Zu der Verwaltung gehört unzweifelhaft die Ausübung des Stimmrechts, da die meisten Maßnahmen, über welche die Aktionäre zu beschließen haben, in erster Linie die Interessen des Nutznießers berühren".

[44]) BGE. 50. II. 547 ff.

[45]) Das Bundesgericht erwähnt z. B. eine Teilung nach der Art der zu fassenden Beschlüsse, wobei eine Partei jeweilen der anderen die Stimmabgabe überläßt. Ferner eine Stimmabgabe durch einen Stellvertreter oder die Ausübung des Stimmrechts mit je einer Hälfte der Stimmen, was auf eine Neutralisation der Stimmen bei Uneinigkeit der Parteien praktisch hinauslaufen würde.

soll gegen offenbare Schädigung geschützt werden. Uebt der Nutznießer das Stimmrecht aus, dann hat er auf die Interessen des Eigentümers billig Rücksicht zu nehmen, und soll ihm im Falle nachweisbaren Schadens ersatzpflichtig werden. Dieser Regelung stehen keine praktischen Schwierigkeiten in der Durchführung entgegen. Ihre Aufnahme in den Rev. E. III (Art. 690,2) ist deshalb gutzuheißen.

ad b) Zur Verpfändung von Inhaberpapieren genügt nach ZGB. Art. 901 die Uebertragung der Urkunde an den Gläubiger. Trotz der formellen Legitimierung kann der Pfandgläubiger kraft positiver Gesetzesnorm Rechte aus der Aktie nicht geltend machen. Ueber die Dividenden als natürliche Früchte, periodisch wiederkehrende Erzeugnisse der verpfändeten Aktie, bleibt der Eigentümer (Aktionär) einzig verfügungsberechtigt (vgl. ZGB. Art. 892 in Verbindung mit Art. 643). Ferner bestimmt ZGB. Art. 905 ausdrücklich, daß verpfändete Aktien (gleichgültig ob Inhaberaktien oder durch Indossament verpfändbare Namenaktien) in der Generalversammlung durch die Aktionäre und nicht durch die Pfandgläubiger vertreten werden.

3. Die Namenaktie.

I. Als gesetzliche Form neben der Inhaberaktie, in OR. Art. 614 resp. Rev. E. III Art. 621 ausdrücklich erwähnt, unterliegt die Namenaktie wesentlich verschiedenen rechtlichen Bestimmungen.

Eine Namenaktie liegt dann vor, wenn die Aktienurkunde das äußerliche Merkmal der namentlichen Bezeichnung des ersten Erwerbers der in ihr verbrieften Mitgliedschaft aufweist. In diesem Sinne ist die Aktie vorerst Namenpapier. Sie erhält aber durch die gesetzliche (vgl. OR. Art. 637,3 und Rev. E. III Art. 684,2) mangels abweichender statutarischer Bestimmungen zugelassene Uebertragungsform des Indossaments, den Charakter eines Orderpapiers; d. h. eines Papiers, das 1. eine bestimmte Person als berechtigt namentlich nennt, und 2. alternativ auch denjenigen als berechtigt erklärt, an den der mit Namen bezeichnete zu leisten „Order" gibt. Diese vorläufige Bezeichnung als Orderpapier machen wir hier ohne Rücksicht auf den Charakter des Indossaments der Namenaktie, also ohne Unterscheidung in technisches oder einfaches Orderpapier. Dabei ist nach dem Wortlaut des Art. 1091

Rev. E. III, der die Definition aufstellt, „ein Wertpapier gilt als Orderpapier, wenn es an Order gestellt oder vom Gesetze als Orderpapier erklärt ist", zu unterscheiden zwischen a) Wertpapieren, die nur zu Orderpapieren werden, wenn sie ausdrücklich die Orderklausel enthalten (gewillkürte Orderpapiere)[46]), und b) Wertpapieren, die von Gesetzes wegen Orderpapiere sind, auch wenn ihnen die Orderklausel fehlt. Diese verlieren den Orderpapiercharakter nur durch Beifügung der Inhaber- oder negativen Orderklausel (gesetzliche Orderpapiere[47]).

Falls nicht statutarische Ausschließungsgründe vorliegen, ist bei der Namenaktie die Möglichkeit der Uebertragung durch Indossament immer vorhanden (OR. Art. 637 resp. Rev. E. III Art. 684). Die Namenaktie ist auch ohne Orderklausel, also von Gesetzes wegen, ein Orderpapier. Neben der Indossierung sind andere Formen der Abtretung (Zession, Erbgang) vorbehalten.

Nach den verschiedenen Rechtswirkungen des auf sie gesetzten Indossaments unterscheidet man zwischen technischen und einfachen Orderpapieren.

Technisch indossierbar nennt man solche Orderpapiere, bei welchen das Indossament Rechtsscheinswirkung und Transportwirkung, bei einigen Papieren (wie z. B. beim Wechsel) auch Garantiewirkung hat.

Unter Rechtsschein versteht man die Vermutung der Berechtigung, die sich zu Gunsten desjenigen ergibt, der sich im Besitze des Papiers befindet und im letzten Gliede einer ununterbrochenen Indossamentenkette als Indossatar bezeichnet ist. Es bringt dieser Rechtsschein des Indossaments eine Beweisvermutung zu Gunsten des Indossatars, so daß dieser seine Berechtigung nicht zu beweisen braucht, sondern denjenigen, welche dies nicht anerkennen wollen, der Beweis für ihre Behauptung zufällt. Es dient der Rechtsschein aber auch als Vertrauensgrundlage, so daß andere den Legitimierten in mehr oder minder weitem Umfange als Berechtigten betrachten können[48]). Die Transportwirkung des Indossaments ergibt sich aus dem Indossierungsakt, wonach der Indossant mittels

[46]) Z. B. die kaufmännische Anweisung, der Lagerschein, Ladeschein etc.

[47]) Z. B. der Wechsel, OR. Art. 727 ff. und Rev. E. III Art. 980 ff., ferner der auf Namen lautende Scheck nach Rev. E. III Art. 1079.

[48]) Ausführliche Darstellung der „Wirkungen des Indossaments" bei Hospenthal, Bern, Diss. 1925.

einer auf das Papier geschriebenen Erklärung und nachfolgender Uebergabe desselben die beurkundeten Rechte auf den Indossatar überträgt. Die Transportwirkung äußert sich dahin, daß ein gutgläubiger Indossatar das Recht aus dem Papier erwirbt, unabhängig davon, ob der Indossant Berechtigter gewesen ist oder nicht, zugleich auch unabhängig davon, ob er skripturmäßig berechtigt gewesen ist oder nicht. Zum Schutze des Dritterwerbers und um die Negotiabilität der Orderpapiere zu erhöhen, wird gegen den Indossatar keine Einrede aus der Person[49]) des Vormanns und seiner Berechtigung gegeben. Ein formrichtiges Indossament legitimiert den Indossatar vollständig als Berechtigten.

Die Garantiewirkung des Indossaments zeitigt allgemein bei den Orderpapieren die Verpflichtung des Indossanten, seinen Nachmännern gegenüber die skripturmäßige Leistung selbst vorzunehmen, falls der Hauptschuldner es bei Verfall nicht tun sollte.

Einfach indossierbar nennt man dagegen diejenigen Wertpapiere, bei welchen das Indossament nur die Wirkung einer gewöhnlichen Zession hat. Uebertragen kann sie also nur der Berechtigte; der bei technischen Orderpapieren mögliche gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten hängt mit dem Uebergewicht des Rechts am Papier bei diesem zusammen und muß daher hier fehlen. Einfache Orderpapiere haben also keinen Rechtsschein gegenüber Dritten, vielmehr muß der Besitzer der Urkunde den Nachweis der Wirksamkeit und Echtheit des Indossaments auf Verlangen liefern. Sämtliche Einreden einer gewöhnlichen Zession bleiben bestehen.

Die z. B. für den Wechsel eindeutige Möglichkeit der Einreihung in eine dieser beiden Kategorien von Orderpapieren[50]) stößt bei der Betrachtung der Namenaktie sowohl nach OR. wie nach Rev. E. III auf größere Schwierigkeiten.

Das Indossament der Namenaktie hat einerseits über diejenigen einer gewöhnlichen Zession gehende Wirkungen, andererseits besitzt es diese Funktionen nicht in einem solchen Umfange, daß es die Namenaktie deutlich zu den technisch indossierbaren Papieren stempeln würde.

---

[49]) Natürlich unter Vorbehalt der stets bestehen bleibenden exceptio doli.

[50]) Das Indossament des Wechsels hat deutlich Rechtsschein-, Transport- und Garantiefunktion.

Wir müssen m. E. von einer zu strengen Abgrenzung absehen und feststellen, daß die Namenaktie im modernen Verkehr als ein Wertpapier zu behandeln ist, das auf Grund ausdrücklicher Bestimmungen des Aktienrechts aus rein praktischen Erwägungen Elemente eines technisch indossierbaren Orderpapiers enthält und seiner wirtschaftlichen Bedeutung nach zu diesen gehört.

Eine kurze Betrachtung der Rechtswirkung des Indossaments der Namenaktie und der Legitimation des Indossatars sollen dies näher beleuchten.

Daß die Indossierung einer Namenaktie gegen den Indossanten keine Regreßwirkungen begründet, dem Indossament also keine Garantiefunktion zukommen kann, ergibt sich ohne weiteres aus der juristischen Natur des beurkundeten Rechts[51]).

Inwieweit hat aber das Indossament der Namenaktie Rechtsscheins- und Transportwirkung? Oder, um die Frage praktisch, vom Standpunkt des Verkehrs aus zu betrachten: Welche Legitimationskraft haben das Indossament und der Besitz der Namensaktie?

OR. 637 bestimmt in Abs. 4, daß der Erwerb der Namenaktie zur Eintragung in das Aktienbuch anzumelden, die Aktie vorzulegen und die Rechtsgültigkeit des Erwerbs nachzuweisen sei.

Abs. 6 entbindet die Gesellschaft von einer P f l i c h t zur Prüfung der Legitimation, gibt ihr aber ausdrücklich das R e c h t dazu. Richtiger Ansicht nach muß unter Erwerbsnachweis dasselbe verstanden werden, was im entsprechenden Art. 685,2 Rev. E. III unter „Ausweis über die formrichtige Uebertragung" gemeint ist, nämlich die Präsentation der Urkunde durch den I n h a b e r , mit einer auf ihn hinuntergehenden und zusammenhängenden Indossamentenkette. Macht auch die Gesellschaft von ihrem Recht der Legitimationsprüfung nicht Gebrauch, so wird man sie doch mindestens nicht von einer Prüfung der Identität des zum Eintrag ins Aktienbuch Anmeldenden mit dem letztbezeichneten Indossatar entbinden können. Vor allem soll die Gesellschaft aber von einer P f l i c h t zur Prüfung der Echtheit und Wirksamkeit der Indossamente befreit werden, was bei diesen oft in sehr großer Anzahl ausgegebe-

[51]) Dazu ausdrücklich in OR. Art. 815: „Die Bestimmungen über den Regreß kommen bei Order- oder anderen indossablen Papieren, welche nicht den Erfordernissen für Wechsel, Scheck oder wechselähnliche Orderpapiere entsprechen, nicht zur Anwendung".

nen Titeln auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen würde. Die Rechtsnachweispflicht des Indossatars geht soweit, als das Prüfungsrecht der Gesellschaft besteht.

Das Legitimationsprüfungsrecht geht nicht weiter, als daß die Gesellschaft verlangen kann, daß der Nachweis des Vorhandenseins derjenigen Tatsachen erbracht werde, welche an sich geeignet sind, die Uebertragung des Rechts zu bewirken. Ferner muß der Identitätsnachweis erbracht werden. Dem Indossament der Namenaktie muß m. E. um der börsenmäßigen Zirkulation willen Rechtsscheinswirkung zuerkannt werden.

Von der herrschenden Meinung wird dagegen dem Indossament der Namenaktie die Transportwirkung abgesprochen, dem gutgläubigen Erwerber also nicht der Schutz gewährt, daß er die verbrieften Rechte durch Indossierung der Urkunde unabhängig davon erhält, ob und wie sie dem Indossanten zustanden. In seiner Studie über die Wirkungen des Indossaments begründet Hospenthal (a. a. O. S. 83) diese Ansicht damit, daß es für den Erwerber der Namenaktie nicht von Bedeutung sein könne, wenn er in seinem Erwerbe von einem Nichtberechtigten geschützt werde, da er sich ja mit größerer Leichtigkeit infolge der Eintragung ins Aktienbuch über die Rechte seiner Vorgänger erkundigen könne, als es z. B. der Erwerber eines Inhaberpapiers oder eines andern Orderpapiers tun könne. Dabei scheint er der Ansicht zu sein, daß jeder Erwerber einer Namenaktie sich ins Aktienbuch eintragen lasse und schätzt daher die Bedeutung des Aktienbuchs nicht ganz richtig ein. Die Rechte aus der Aktie werden, wie heute allgemein angenommen wird, Dritten gegenüber vollständig unabhängig vom Eintrag ins Aktienbuch erworben, so daß im Verkehr Namenaktien sehr gut eine ganze Reihe wirksamer Indossamente aufweisen können, ohne daß der jeweilige Indossatar sich zum Eintrag ins Aktienbuch angemeldet hätte. Dies wird schließlich nur derjenige letzte Indossatar tun, der die Aktie nicht nur vorübergehend (etwa zu Spekulationszwecken) erworben hat, sondern zu andauerndem Besitz und wirklicher Geltendmachung der aus der Urkunde fließenden mitgliedschaftlichen Rechte.

Man geht sicherlich nicht fehl, wenn man ähnlich, wie es in Deutschland gemacht wird, auch in der Schweiz bei den Transaktionen in gewöhnlichen Namenaktien dem gutgläubigen Dritterwer-

ber den Rechtsschutz gewährt, der sich aus der oben definierten Transportfunktion des Indossaments ergibt.

In der Anerkennung der Transport- und Rechtsscheinwirkung der Indossierung von Namenaktien liegt eine Erhöhung ihrer Zirkulationsfähigkeit. Die Tendenz des modernen Verkehrs in dieser Richtung ist nicht mißzuverkennen. Deutlich äußert sie sich in der anerkannten[52]) Zulässigkeit des Blankoindossaments von Namenaktien[53]), einer Uebertragungsform, welche de facto dieser Urkunde die Fungibilität eines Inhaberpapiers verleiht. Beim Blankoindossament zeigt sich die ganze Unhaltbarkeit der Behauptung, dem Indossament einer Namenaktie sei bloße Zessionswirkung zuzumessen.

Sowohl nach OR. wie nach Rev. E. III hat die Eintragung ins Aktienbuch nur Bedeutung für das Verhältnis des Aktionärs zur Gesellschaft. OR. Art. 637,5 und Rev. E. III Art. 685,1 behalten es der Gesellschaft vor, nur denjenigen als leistungsberechtigten Aktionär betrachten zu dürfen, der als solcher im Aktienbuch eingetragen ist. So gilt als Legitimation zur Rechtsausübung (z. B. zur Stimmabgabe) und zum Empfang von Leistungen (Dividenden) seitens der Gesellschaft der Eintrag ins Aktienbuch und der Identitätsnachweis.

OR. Art. 637,2 und ausführlich Rev. E. III Art. 684,1 und 686,1 überlassen es den Statuten, die grundsätzlich freie Uebertragbarkeit der Namenaktien einzuschränken oder gänzlich zu verbieten. Doch kann nur die Uebertragung mit Wirkung gegenüber der Gesellschaft beschränkt werden, d. h. die Gesellschaft kann unter gewissen Umständen die Eintragung ins Aktienbuch verweigern. Möglichkeiten dafür können sich aus den Statuten ergeben, die Verweigerung kann aber auch, wenn dies in den Statuten vorgesehen ist, auch ohne Angabe von Gründen geschehen (Rev. E. III Art. 686,2).

Im Rev. E. III hat das Gesetz die Befugnis, die Eintragung zu verweigern, beschränken müssen. Werden die Aktien infolge Erb-

[52]) Ausdrücklich in der Botschaft zum Rev. E. III S. 40.

[53]) Minimales Erfordernis zur Gültigkeit des Indossaments ist die Unterschrift des Indossanten. Ist nur diese vorhanden, ohne Bezeichnung eines Indossatars, so haben wir ein sog. Blankoindossament. Der Blankoindossatar kann nicht nur mittels Voll- oder Blankoindossaments weiter indossieren, sondern kann die Urkunde auch ohne besondere Form wie ein Inhaberpapier weitergeben. Der letzte Inhaber füllt das Blankoindossament aus.

gangs, ehelichen Güterrechts oder Zwangsvollstreckung erworben, so kann die Eintragung nur verweigert werden, wenn die Verwaltung oder einzelne Aktionäre die Aktien selber übernehmen, bei nicht kotierten Aktien zum wirklichen Wert im Zeitpunkt, in dem die Eintragung ins Aktienbuch verlangt worden ist, bei kotierten zum Börsenpreis. (Rev. E. III Art. 686,3). Wird die Uebertragung der Namenaktie durch statutarische Bestimmung von der Zustimmung der Gesellschaft (vertreten durch eines ihrer Organe, meist der Verwaltung) abhängig gemacht, so nennt man die so „gebundenen" Urkunden vinkulierte Namenaktien. Aendert diese Bindung (Vinkulierung) den juristischen Charakter der Namenaktie?

Da für die Uebertragung der vinkulierten Namenaktie die bloße Uebergabe der indossierten Urkunde nicht genügt, sondern dazu die Zustimmung der Gesellschaft als weiteres Erfordernis eingeholt werden muß, scheint diese Frage bejaht werden zu müssen. Auf alle Fälle verliert die vinkulierte Namenaktie den Charakter eines Orderpapiers. Das Indossament muß durch eine schriftliche Zessionserklärung ersetzt werden. Da die Aktie nun 1. auf einen bestimmten Namen lautet, 2. weder an Order gestellt noch gesetzlich als Orderpapier erklärt ist und 3. nur durch Abtretung des Rechts und Uebergabe der Urkunde übertragbar ist, vereinigt sie alle drei typischen Merkmale, die Art. 953 des Rev. E. III für das Namen- (Recta-) Papier verlangt.

II. Bei der Betrachtung der Namenpapiere, die man ihrer Stellung nach als beschränkt zirkulationsfähige Papiere bezeichnen kann, stoßen wir auf eine Anzahl sowohl wirtschaftlicher, als juristischer Eigentümlichkeiten.

Die wirtschaftliche Funktion der Namenpapiere ist von derjenigen der Inhaber- und Orderpapiere in manchem Punkte verschieden. Einmal verbriefen sie ein Recht, wie die Wertpapiere im engeren Sinne (Zirkulationspapiere), ermöglichen also wie diese die Versachlichung zum Teil einfacher subjektiver Rechte, zum Teil vielgestaltiger Komplexrechte in einer Urkunde und sind, wenn auch nicht allein, zur Verwertung (Geltendmachung und Uebertragung) des Rechts unumgänglich notwendig. Sie besitzen in der Regel auch die Uebertragbarkeit; diese soll aber durch erschwerende, umständliche Formerfordernisse beschränkt werden. Mit der Ausstellung eines Namenspapiers wird bezweckt, in einer Urkunde ein Recht einzuspannen, aus dem in der Regel allein der in der Ur-

kunde Genannte berechtigt sein soll. Dieser soll — ausnahmsweise — das Recht übertragen können. Die Uebertragung von Namenpapieren ist nicht ausgeschlossen, sondern nur formell erschwert.

Umstritten, wie ihre wirtschaftliche Funktion, war längere Zeit auch die juristische Natur der Namenpapiere. Um ihre Anerkennung als Wertpapiere wurde in der Wissenschaft und in der Praxis ein harter Kampf ausgefochten. Ich erinnere daran, daß erst 1923 das Bundesgericht seine in fast 40jähriger Praxis vertretene Auffassung in dieser Frage änderte und die Namenpapiere als Wertpapiere erklärte, trotzdem unschwer aus dem OR. von 1911 der Wille des Gesetzgebers herausgelesen werden konnte, den Namenpapieren Wertpapiercharakter zuzugestehen.

Gegen die Wertpapiernatur der Namenpapiere wurde angeführt, daß Urkunden, deren Inhaber neben der Legitimation durch den Besitz noch den Nachweis einer weiteren materiellen Berechtigung erbringen müßten, deren Uebertragung ferner an die bürgerliche Form der Zession gebunden sei und die (nach der engen Interpretation des geltenden Rechts) von der gerichtlichen Amortisation ausgeschlossen seien, unmöglich zu den Wertpapieren gerechnet werden könnten.

Zu Gunsten ihrer Wertpapiernatur sprach das Vorhandensein des Merkmals, das die Wissenschaft in ihrer herrschenden Meinung zum Hauptkriterium des Wertpapierbegriffs gestempelt hatte, nämlich die Verkörperung des Rechts in einer Urkunde, ohne die das Recht weder geltend gemacht noch übertragen werden kann.

Der Verlauf der Entwicklung der bundesgerichtlichen Praxis in Bezug auf die juristische Natur der Namenpapiere und der Sieg der letzterwähnten Anschauung, der sich mit Recht fast die gesamte Wissenschaft angeschlossen hat, sei in folgendem dargestellt.

III. Der erste Entscheid, in dem die juristische Natur der Namenaktie berührt wird[54]), betrifft deren Amortisation. Die Frage wurde folgendermaßen gestellt: Es sei zu entscheiden, ob eine verbriefte Forderung sich als eine gewöhnliche Schuldscheinforderung qualifiziere, bei welcher der Schuldschein bloß Beweismittel oder doch nur Entstehungsform der Forderung sei, oder ob dieselbe eine Wertpapierforderung im juristischen Sinne des Wortes sei, d. h. ob die Verwertung der Forderung an das Papier ge-

[54]) I. Bd. 10. 5. 282.

bunden, die Forderung also in dem Papier sozusagen verkörpert sei?

Das Gericht stellt ganz allgemein fest, daß für den Wertpapierbegriff die Verkörperung eines Rechts in einer Urkunde ein maßgebendes Merkmal sei. Trotzdem glaubt es aber den Namenpapieren den Wertpapiercharakter absprechen zu müssen, in der Auffassung, das damals geltende alte OR. von 1881 anerkenne als Wertpapiere nur die in den Titeln 29/30 normierten Papiere, unter Ausschluß der Namenpapiere. Eine Folge davon sei, daß nach a. OR. die gerichtliche Amortisation von Namenpapieren nicht zugelassen werden könne.

Daß das Gericht mit dieser Auffassung nicht restlos und einstimmig einverstanden war, erhellt daraus, daß es im speziellen Falle trotzdem die gerichtliche Kraftloserklärung des betreffenden Papiers zuließ, gestützt auf die Regelung im kantonalen Recht, dessen Abstellung auf die wirtschaftliche Funktion es nicht als unrichtig bezeichnet („da ..... für die Abtretung der Forderung aus dem Schein die Uebergabe der Urkunde einerseits schlechthin erforderlich, andererseits auch zur Wirksamkeit der Zession gegenüber dem Schuldner genügend war und der Schuldner nur gegen Rückgabe des Scheins oder gerichtliche Amortisationserkenntnis zur Zahlung angehalten werden konnte").

In weiteren Entscheiden folgt nun die Praxis der oben zitierten engen Interpretation des a. OR. ohne jede Berücksichtigung der allgemeinen Bemerkungen im eben zitierten Falle und ebensowenig der wirtschaftlichen Funktion der untersuchten Papiere. So wird in einem Entscheide (11. 384 ff. 1885) ohne genügende Begründung festgesetzt: Eine Urkunde wird nicht als Wertpapier anerkannt, weil das Papier weder indossabel noch Inhaberpapier ist.

In der Begründung einer Reihe weiterer Urteile (19. 553; 23. 1050; 25. II 333; 35. II 620; 37. I 438) hält das Bundesgericht streng an dieser Auffassung fest.

Inzwischen hatte der Entwurf von 1905 zu einem revidierten OR. gegen diese enge Praxis Stellung genommen (vgl. Art. 1682, 1684—88, wo die Namenpapiere ausdrücklich als Wertpapiere anerkannt werden). Trotzdem der Entwurf nicht Gesetz wurde, und von einer Revision des handelsrechtlichen Teils des OR. einstweilen abgesehen wurde, hatte er den Erfolg, daß im neuen OR. von 1911

an Stelle des Ausdrucks Inhaberpapiere und Orderpapiere der allgemeine Ausdruck „Wertpapiere" eingesetzt wurde.

Das Bundesgericht hielt aber an seiner Praxis fest (41. II. 37), obschon in der Anerkennung der Warenpapiere als Wertpapiere und ihrer Einteilung in Inhaberpapiere, Orderpapiere und Namenpapiere das neue OR. deutlich seinem Willen Ausdruck gibt, die Namenpapiere auch unter die Wertpapiere einzureihen.

Die gegen die Ausschließung der Namenpapiere vom Wertpapierbegriff sich erhebenden Stimmen[55]) bewirkten, daß das Bundesgericht die Unhaltbarkeit seiner Auffassung für den modernen Verkehr erkannte, und, nachdem es in einem Urteile (43. II. 801) bereits ein Namenpapier mit alternativer Inhaberklausel (sog. hinkendes Namenpapier) als amortisierbar erklärt hatte, änderte es 1923 in einem Entscheide (49. II. 354) seine Praxis dahin, daß fortan auch reine Recta-Papiere (es handelte sich im betreffenden Falle gerade um vinkulierte Namenaktien) zu den Wertpapieren zählen sollten. Dabei stellt das Gericht ausdrücklich fest: „Mit den skripturrechtlichen Papieren (Inhaber- und Orderpapiere) haben jedoch die Namenpapiere den engen Zusammenhang von Urkunde und Recht in dem Sinne gemein, daß das verurkundete Recht erst mit dem Besitzerwerb an der Urkunde erworben werden kann". In der Folge wurde (51. II. 318) an dieser neuen Praxis festgehalten. Der Bundesrat schloß sich als Oberaufsichtsbehörde über das Grundbuchwesen dieser Auffassung an, indem es als Wertpapier jedes Papier bezeichnet, bei welchem das Forderungsrecht mit der Urkunde verknüpft ist. Die Regelung im Rev. E. III bestätigte die Namenpapiere als Wertpapiere im Sinne von Art. 945.

Auch bei den Namenpapieren besteht der Dualismus vom Recht am Papier und vom Recht aus dem Papier. Doch ist das Verhältnis dieser beiden Rechte ein ganz anderes als bei den Inhaber- und Orderpapieren. Während bei letzterem das sachenrechtliche Moment der Besitz der Urkunde (und das Indossament), die Berechtigung vermittelt, ist bei den Namenpapieren die körperliche Ueber-

[55]) Z. B. Rossel in seinem „Manuel du droit des obligations", S. 881: „..... C'est une définition arbitrairement restrictive. En effet, quoique notre jurisprudence ait artificiellement circonscrit la notion des papiers-valeurs, les titres nominatifs qui incorporent le droit qu'ils constatent sont des papiers-valeurs tout comme les titres à ordre ou au porteur". Vgl. ferner Oser, Kommentar zum OR. 2. Aufl. 1929, S. 514 ff. u. a. m.

gabe der Urkunde nur notwendiges Ergänzungsmittel, um die Berechtigung zu übertragen. Das Recht aus dem Papier folgt hier nicht nur dem Recht am Papier. „Es ist nicht der Eigentümer der Urkunde der Berechtigte, sondern dem Berechtigten steht das Eigentum an der Urkunde zu[56]). Deutlich läßt sich dies aus Art. 953,3 des Rev. E. III herauslesen: Die formrichtige Abtretung des Rechts gibt dem Zessionar einen persönlichen Anspruch dem Zedenten gegenüber auf Uebergabe der Urkunde. Die bloße Uebergabe der Urkunde gibt aber noch keinen Anspruch auf Abtretung des Rechts, sondern erst die qualifizierte Uebergabe „zum Zwecke der Abtretung".

Formrichtig geschieht die Abtretung auf dem Wege der bürgerlichen Zession (Abtretungsvertrag), nach OR. Art. 165 in schriftlicher Form. Abtretung in Verbindung mit Uebergabe der Urkunde sind die Erfordernisse für die Rechtswirksamkeit der Uebertragung.

IV. An die Betrachtung der vinkulierten Namenaktie knüpfen sich einige Fragen, auf die hier eine Antwort gegeben werden soll.

Muß die Vinkulierungsbestimmung auf der Aktienurkunde selbst stehen und wie verhält sich die Zession einer vinkulierten Namenaktie zur Bestimmung von OR. Art. 164,2?

Der zitierte Artikel des OR. spricht den Grundsatz aus, daß einem Dritten, der eine Forderung im Vertrauen auf ein schriftliches Schuldbekenntnis erworben hat, welches ein Verbot der Abtretung nicht enthält, der Schuldner die Einrede, daß die Abtretung durch Vereinbarung ausgeschlossen worden sei, nicht entgegensetzen könne. Man kann sich fragen, ob OR. Art. 164,2 in Bezug auf die Zession von vinkulierten Namenaktien analog so angewendet werden könne, daß die Gesellschaft dem Erwerber einer Namenaktie, der die Urkunde im Vertrauen auf ihre Skriptur, die keine Vinkulierungsbestimmung enthält, erwirbt, die Vinkulierung nicht entgegenhalten, und sie deshalb den Eintrag ins Aktienbuch nicht verweigern könne. Dies liefe daraus hinaus, nur einer auf der Urkunde ausdrücklich vermerkten Vinkulierung Rechtswirkung zuzusprechen. Bachmann[57]) behauptet, daß es zur Gültigkeit einer Veräußerungsbeschränkung eines Vermerkes auf der Aktie selbst nicht bedürfe. Wir haben schon betont, daß der Aktie theoretisch nicht

[56]) Schwerin, a. a. O. S. 50.

[57]) Kommentar zu Art. 637 OR.

die Eigenschaften eines skripturmäßigen Papiers beizumessen sind und neben der Urkunde die Statuten das Maß der Rechte bestimmen. In dieser Beziehung wäre der Ansicht Bachmanns beizupflichten. Trotzdem muß man aus praktischen Rücksichten (Sicherheit im Börsenverkehr) doch das Postulat aufstellen, die Vinkulierung müsse in den Text der Aktie aufgenommen werden. Eine solche Bestimmung wäre als Zusatz zu Art. 686 des Rev. E. III sehr wohl am Platze. Es ist beizufügen, daß eine Usance in dieser Hinsicht schon besteht. Von der großen Anzahl Aktien, die ich zu untersuchen Gelegenheit hatte, trugen alle nicht durch bloßes Indossament übertragbaren Namenaktien den deutlichen Vermerk der Vinkulierung entweder im Texte der Urkunde im engeren Sinne oder aber auf der Rückseite in Form eines Auszugs aus den Statuten.

Als weitere Frage von praktischem Wert interessiert uns: Welche Folgen hat die Verweigerung der Abtretung mit Wirkung gegenüber der Gesellschaft (Verweigerung der Eintragung ins Aktienbuch) auf das Grundgeschäft?

Diese Frage soll an Hand folgenden Falles beantwortet werden: A, der von B eine Anzahl vinkulierter Namenaktien gekauft und ausgehändigt erhalten hatte, klagt auf Nichtigkeit des ganzen Geschäfts, weil die Gesellschaft C ihm den Eintrag ins Aktienbuch verweigerte. Die Aktien waren bloß zu $^1/_5$ liberiert und die Gesellschaft gab als Grund der Verweigerung die mangelnde Sicherheit des Erwerbers an.

Das Bundesgericht hat in einem neueren Entscheide[58]) seinen Standpunkt im betreffenden Falle verteidigen müssen. Die kantonalen Instanzen waren der Meinung gewesen, daß die Gültigkeit des Kaufes von vinkulierten Namenaktien davon abhänge, ob die Gesellschaft (vertreten durch den Verwaltungsrat) den Eintrag ins Aktienbuch erlaube. Das Geschäft sei nicht als vollständig zu betrachten, so lange die Uebertragung nicht durch den Eintrag von Seiten der Gesellschaft anerkannt worden sei. Da die Gesellschaft die Eintragung ablehne, sei der Vertrag dahingefallen.

Das Bundesgericht widersprach dieser Anschauung und erklärte, daß die Uebertragung (die Perfektion des Geschäfts) bei vinkulier-

[58]) BGE. 53, II. 311.

ten Namenaktien nicht an die Eintragung gebunden sei. Der Verkehr, der hier über alle juristischen Erwägungen gehe, so argumentiert das Bundesgericht sehr triftig, verlangt, daß die Börsengeschäfte nicht durch eine solche Interpretation, wie sie von den kantonalen Instanzen vorgeschlagen wird, gestört und behindert werde. Eine Verweigerung der Eintragung wegen mangelnder Garantie ist durchaus erlaubt[59]). Die ganze Operation zwischen A und B der Nichtigkeit aussetzen, weil der Erwerber nicht durch die Gesellschaft eingetragen wurde, ist eine mit den Bedürfnissen des Verkehrs nicht zu vereinbarende Lösung. Man muß eher annehmen, daß es Sache des Erwerbers einer Namenaktie sei, die nötigen Garantien zur Eintragung zu bieten und nicht diejenige des Verkäufers, für den Eintrag des Erwerbers einzustehen.

Wir sehen, daß auf Grund rein praktischer Erwägungen das Bundesgericht zum gleichen Resultat gelangt, das wir durch Interpretation von OR. Art. 637,4 resp. Rev. E. III 685 juristisch gewonnen haben: Der Eintrag ins Aktienbuch ist für die Uebertragung von Namenaktien nicht von konstitutiver Wirkung. Interessant ist beim zitierten Entscheid die Ausdehnung dieses Grundsatzes auch auf vinkulierte Namenaktien.

Im gleichen Zusammenhange können wir ferner fragen: K a n n e i n e G e s e l l s c h a f t d e n E i g e n t ü m e r v o n v i n k u l i e r t e n N a m e n a k t i e n d u r c h e i n U e b e r t r a g u n g s v e r b o t d a z u z w i n g e n , A k t i o n ä r z u b l e i b e n?

Voraussetzung dafür, daß die Gesellschaft einen Aktionär zur Beibehaltung seiner Aktionäreigenschaft zu zwingen versucht, ist eine dahinlautende, die Möglichkeit eines Abtretungsverbots erwähnende statutarische Bestimmung. Eine solche ist im Rahmen der Art. 637,2 OR. und Rev. E. III 684,1 als zulässig zu betrachten. Nun fragt es sich, wieweit die Gesellschaft ein Verbot der Uebertragbarkeit der Namenaktien geltend machen darf, insbesondere ob ihr etwa die Verpflichtung zukommt, die vom Aktionär zur Verfügung gestellten Aktien selbst zu übernehmen.

Sehen die Statuten die Gründe vor, aus denen die Uebertragung verweigert werden darf, dann ist dieses Verbotsbefugnis durch die Angabe der Gründe begrenzt. Jede Verweigerung aus einem anderen als den angegebenen Gründen, könnte gerichtlich angefoch-

[59]) Ausdrückliche Anerkennung dieser Praxis in Rev. E. III Art. 686,3.

ten werden. Bestimmen aber die Statuten, daß die Uebertragung ohne Angabe von Gründen verweigert werden könne, dann kann, innerhalb der vom Gesetze selbst in ZGB. Art. 2 gesetzten Schranken, die Gesellschaft das Recht der Verweigerung absolut ausüben. Eine Pflicht zur Selbstübernahme der Aktien besteht demnach für die Gesellschaft nicht. Dem Aktionär kann entgegengehalten werden, daß er die Aktien in Kenntnis der Statuten erworben hat und demnach von der Möglichkeit des Uebertragungsverbots wußte oder doch wissen mußte[60]). In einem allfälligen Prozesse kann die A. G., wenn ihr Interesse im Spiel steht, auf das Verschweigen der Gründe berechtigterweise beharren. Es bliebe die Möglichkeit, dem Aktionär mit ZGB. Art. 2 (Rechtsmißbrauch) zu helfen. Dies wird aber in den meisten Fällen wegen der Schwierigkeit, eine offenbar schikanöse Verweigerung zu beweisen, zu keinem Ziele führen.

V. Nachdem wir an Hand der Grundregeln über die Wertpapiere und der Gesetzesbestimmungen die juristische Natur der Namenaktie festgesetzt haben, soll dem Zweck ihrer Aufgabe, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung kurz unsere Aufmerksamkeit geschenkt werden.

Es ist auffallend, daß die Ausgabe von Namenaktien hauptsächlich in zwei Fällen stattfindet: einerseits bei Gesellschaften mit mittlerem und kleinerem Grundkapital, andererseits bei sehr großen Aktiennennbeträgen (5000 Fr. etc.). Die erste Erscheinung ist eine Folge der Novelle von 1919, wonach Gesellschaften mit einem Grundkapital von weniger als 500 000 Fr. nur Namenaktien ausgeben dürfen. Dabei schwebte dem Gesetzgeber der Gedanke vor, dadurch diesen Gesellschaften einen intimeren, persönlicheren, nationaleren Charakter zu geben. Dazu kommt, wie Lauterbach in seiner Studie richtig bemerkt (a. a. O. S. 21), der Zweck, durch gesteigerte Publizität größere Klarheit darüber zu verschaffen, ob eine juristisch-schweizerische A. G. tatsächlich dem schweizerischen oder dem ausländischen Wirtschaftsgebiet angehöre. Durch das Aktienbuch kann die Nationalität des Grundkapitals ermittelt werden.

Vor allem dient aber die Ausgabe von Namenaktien dem praktischen Bedürfnis, unvollständig liberierte Titel ausgeben zu kön-

---

[60]) Auf der Aktienurkunde findet sich öfters die Wendung: „Der Besitz dieser Aktie schließt die Anerkennung der Statuten in sich" u. ä.

nen, für deren nichteinbezahlten Betrag der Haftende persönlich genannt und daher leicht und unzweideutig zu ermitteln ist. Bei Namenaktien können nach OR. Art. 618 schon nach Einzahlung von 20% Aktientitel ausgegeben werden, sofern die Gesellschaft durch Eintragung ins Handelsregister Persönlichkeit erlangt hat. Die Haftung für die Volliberierung der Namenaktie ist nach geltendem Recht (Art. 637,7) so geordnet, daß der Aktionär, der nicht Zeichner ist, durch Uebertragung seines Anrechts von der Verbindlichkeit zur Zahlung des Rückstandes nur dann befreit wird, wenn die Gesellschaft dem neuen Erwerber an seiner Stelle als Schuldner annimmt und ihn aus der Verbindlichkeit entläßt. Ist der Veräußerer der ursprüngliche Zeichner, dann haftet er überdies subsidiär für den ganzen Rückstand, wenn die Gesellschaft innerhalb eines Jahres seit seiner Entlassung in Konkurs gerät. Der Entwurf der Rev. E. III sieht von einer ausdrücklichen Haftentlassung des Veräußerers durch die Gesellschaft ab. Durch den Eintrag ins Aktienbuch wird der Erwerber ohne weiteres als Schuldner angenommen. Dabei ist zu unterscheiden: Ist die Aktie von einem Aktionär veräußert worden, der nicht Zeichner ist, so wird der Veräusserer durch die von der Gesellschaft verfügte Eintragung des Erwerbers in das Aktienbuch befreit. Ist die Aktie dagegen von einem Zeichner veräußert worden, so haftet dieser subsidiär, wenn die Gesellschaft binnen 2 Jahren seit der Eintragung ins Handelsregister in Konkurs kommt und der Rechtsnachfolger im Kaduzierungsverfahren seines Rechts aus der Aktie verlustig erklärt worden ist[61]).

4. Die Genußtitel.

Der Ausdruck „Genußtitel" faßt eine Reihe besonderer Urkunden zusammen, die alle das gemeinsame Merkmal besitzen, neben oder an Stelle der von der Gesellschaft ursprünglich ausgegebenen Titel ihren Inhabern aktienrechtliche Vorteile zu gewähren. Sie werden zu verschiedenen Zwecken an verschiedene Personen verabfolgt: beispielsweise den Gründern der A. G. für ihre Bemühungen, als Gegenwert für Apporte, ursprünglichen Zeichnern als Gratifikation, bei Emission neuer Aktien an die alten Aktionäre, um ihnen einen Vorteil vor den neuen einzuräumen, hauptsächlich aber

[61]) Vgl. Rev. E. III Art. 687 und Botschaft S. 41.

bei der Amortisation und Auslosung von Aktien. Damit soll die Reihe der Verwendungsarten der Genußtitel keinesfalls erschöpft sein. „Sie ermöglichen Kombinationen, die so mannigfaltig sind, wie die Praxis selbst, aus der sie entsprungen“[62]).

Ein lebhafter Streit entspann sich nach dem Aufkommen dieser Urkunden im Verkehr (um die Mitte des vorigen Jahrhunderts) um ihre rechtliche Natur. Die Diskussion, an der, um aus der Fülle der geäußerten Meinungen die wichtigsten zu zitieren, u. a. Renaud, Lehmann, Staub, Behrend, Cosack, etc. teilnahmen, brachte anfangs keine Einigung; doch wurde das Resultat erreicht, mindestens innerhalb des vielseitigen Instituts der Genußtitel, zwei Kategorien begrifflich und terminologisch festzulegen: 1. die Genußscheine und 2. die Genußaktien.

Mit dieser Trennung war weiteren Streitfragen noch keinesfalls der Boden genommen. In der Literatur wurde um den juristischen Charakter dieser Urkunden noch bis in die neueste Zeit intensiv weitergefochten. Aus der neuesten einschlägigen Forschung seien hier nur erwähnt, die Studien von Schäfer[63]), Fuhrmann[64]) und für die schweizerischen Verhältnisse unter geltendem OR., v. Wolf.

Die hier unternommene, kurz zusammenfassende Untersuchung des Problems, wie es sich in der neuesten Zeit stellt, ist dadurch gerechtfertigt, daß, im Gegensatz zum geltenden OR., das weder den Begriff des Genußscheins noch denjenigen der Genußaktie kennt, der Rev. E. III beide Institute eindeutig zu regeln versucht und damit die Basis zur erneuten Festlegung der beiden Begriffe und ihrer juristischen Natur liefert.

A. Die Genußscheine.

Unter Genußscheinen werden je nach dem Inhalt der Statuten, die diesen Urkunden sehr verschiedene Funktionen einräumen können, in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung verschiedenartige Gebilde verstanden. Wolf[65]) beschreibt eine Anzahl wirtschaftlicher Verwendungsarten der Genußscheine, die alle darauf hinauslaufen, be-

[62]) v. Wolf: „Die Genußscheine nach schweizerischem Recht“. Bern, Diss. 1914 (erschien in den Gmür'schen Abhandlungen zum schweiz. Recht).

[63]) Schäfer: „Genußscheine und Genußaktien“. Hamburg, Diss. 1919.

[64]) Fuhrmann: „Genußscheine und Genußaktien“. Zürich, Diss. 1907.

[65]) v. Wolf, a. a. O. S. 6 ff. Vgl. insbesondere die als Beleg für seine Ausführungen zitierten Beispiele aus der Praxis.

stimmten Personen für ihre Verdienste um die A. G. (bei Gründung, Erhöhung des Grundkapitals usw.) durch das Medium dieser Titel vermögensrechtliche Vorteile zu verschaffen.

Juristisch lassen sich die Genußscheine alle unter denselben Nenner bringen, so unter die allgemein gefaßte Definition Staubs: „Genußscheine sind Inhaberpapiere oder Namenpapiere über eine Geldschuldforderung, die dem Inhaber gegenüber der Gesellschaft zusteht und ein klagbares Recht gegen die Gesellschaft begründet". Sehr prägnant hebt die dem Bundesgesetz vom 4. Oktober 1927 über die Stempelabgaben zu Grunde liegende Definition die Hauptmerkmale des Genußscheins hervor: „Als Genußschein gelten Urkunden über Anteilsrechte am Gewinn oder am Liquidationsergebnis einer nach kaufmännischer Art geführten Unternehmung".

Die moderne Entwicklung dieses Begriffes führt zu folgender Definition: Die Genußscheine der A. G. sind Wertpapiere, die ohne Mitgliedschaftspapiere (Aktien) zu sein, einen Anspruch gegenüber der Gesellschaft entweder auf Reingewinn oder auf Liquidationsergebnis oder auf Bezug neuer Aktien oder auf alle diese Vorteile zusammen, verbriefen.

In ihre Elemente zerlegt, enthält diese Definition folgende prinzipiell wichtigen und für die Regelung des Rev. E. III (Art. 657) grundlegenden Faktoren.

1. Die Genußscheine sind Wertpapiere. Das beurkundete Recht kann ohne die Urkunde weder ausgeübt noch übertragen werden. Sie können an den Inhaber lauten (häufigster Fall), an Order oder auf den Namen gestellt sein. Ob die auf den Namen gefaßten Genußscheine präsumptiv als Orderpapiere oder als Namenpapiere aufzufassen sind, ist umstritten. In Ermangelung jeder positiver gesetzlicher Regelung (eine solche fehlt auch im Rev. E. III) muß eine Lösung aus Rev. E. III Art. 953 in Verbindung mit Art. 1091 gewonnen werden[66]). In enger Interpretation dieser Artikel wären die Genußscheine auf Namen nicht als Orderpapiere zu betrachten. M. E. rechtfertigen es die Bedürfnisse des Verkehrs nach gesicher-

[66]) Art. 953: „Ein Wertpapier wird als Namenpapier behandelt, wenn es auf einen bestimmten Namen lautet und weder an Order gestellt, noch gesetzlich als Orderpapier erklärt ist". Art. 1091: „Ein Wertpapier gilt als Orderpapier, wenn es an Order lautet oder vom Gesetze als Orderpapier erklärt ist".

ter Zirkulationsfähigkeit an der Börse, für sie die Regeln über die Namenaktie (insbesondere die Zulassung der Indossamentsübertragung) als analog anwendbar zu erklären[67]). Meistens erwähnt der Text der Genußscheine keinen Nennwert. Das Maß der ihren Inhabern zukommenden Rechte ergibt sich aus den Statuten, welche ihrerseits im Gesetze (vgl. Rev. E. III Art. 957) ihren Rahmen haben.

2. Die Genußscheine sind keine Mitgliedschaftspapiere (Aktien). Ihr Besitz gibt dem Inhaber weder die Eigenschaft, noch sämtliche Rechte eines Aktionärs.

Dazu führt das Bundesgericht aus[68]): „Les seuls droits explicitement conférés aux bons de jouissance, sont l'attribution d'une part du bénéfice annuel net et en cas de liquidation d'une part de l'actif social. Mais le seul fait de jouir de ces droits ne suffit pas pour transformer le titulaire du bon en actionnaire; l'effet caractéristique et essentiel de l'action est, d'une part d'attribuer à son porteur le droit de vote à l'assemblée générale (640 c. o.), c'est à dire la faculté de participer à l'administration de la Société et de manifester sa volonté. D'autre part l'action lui confère le droit à une part du capital social déterminée à l'avance[69]). Or le bon de jouissance ne procure au porteur ni l'un ni l'autre de ces avantages caractéristiques. On ne peut donc assimiler le bon à l'action et le porteur du bon à l'actionnaire".

Der ganze Streit um die Rechtsnatur der Genußscheine entspann sich um die Anerkennung dieser Grundsätze. Je nachdem, ob den in den Genußscheinen verurkundeten Rechten (Gewinnanteilsrecht und Recht auf Liquidationsquote) der Charakter wesentlicher, spezifischer Aktionärrechte zuerkannt oder bestritten wurde, wollte man diese Urkunden unter die Aktien einreihen oder als obligationenähnliche Gebilde bezeichnen. Der Rev. E. III (Art. 657,3) entscheidet den Streit der Lehrmeinungen[70]) dahin, daß er

[67]) Eine entgegengesetzte Meinung vertritt ohne besondere Grundangabe Fuhrmann, a. a. O. S. 49. Dagegen teilt meine Ansicht v. Wolf, a. a. O. S. 40, der mit Recht auch Blankoindossament zulassen will.

[68]) BGE. 31. I. 44.

[69]) Eine in dieser Formulierung sicherlich unrichtige Behauptung, wie aus OR. Art. 629,3 unzweideutig hervorgeht. Vgl. die Ausführungen auf S. 38 unten.

[70]) Eine sehr ausführliche Darstellung mit Literaturangaben bei Fuhrmann, a. a. O., und v. Wolf, a. a. O. Ihre Meinungen wurden durch die Regelung des Rev. E. III im wesentlichen bestätigt.

einen Anspruch auf Dividende und Liquidationsergebnis auch losgelöst von jedem mitgliedschaftlichen Bande zu Recht bestehen läßt. Die beiden erwähnten Rechte vermögensrechtlicher Natur werden nicht als derartig wesentliche Mitgliedschaftsrechte angesehen, daß ihr Bestehen allein auf die Aktionäreigenschaften des Berechtigten schließen lassen könnte. Ausdrücklich erklärt Art. 657,3: „Die Genußscheine verleihen dem Berechtigten keine Mitgliedschaftsrechte, sondern lediglich einen Anspruch auf Anteil am Reingewinn oder auf Liquidationsergebnis oder auf Bezug neuer Aktien".

Implicite versteht der Rev. E. III nur die Verwaltungsrechte, und insbesondere das Stimmrecht, als wesentliche, eigentümliche Mitgliedschaftsrechte. Damit wird denjenigen Autoren Recht gegeben, die wie Bachmann, Schäfer, Klemperer[71]), in der Verleihung des Stimmrechts das Kriterium für die Aktieneigenschaft eines Genußtitels erblicken. So schreibt Schäfer: „Es muß in der Wissenschaft ein scharfer Trennungsstrich gemacht werden zwischen Genußtiteln, die sich als Obligationen und solchen, die sich als aktienähnliche Gebilde darstellen. Trennungsmerkmal ist das Stimmrecht. Diejenigen Urkunden, denen dieses abgeht, nennen wir Genußscheine, die übrigen Genußaktien". Mit einem gewissen Recht kann man diesen Gedankengang juristisch nicht als einwandfrei ansehen. Das Stimmrecht ist richtiger Ansicht nach nur ein Ausfluß der Mitgliedschaft. Dies betont auch v. Wolf: „Nicht weil das Stimmrecht vorhanden ist, wird der Genußtitelinhaber Aktionär, sondern weil er Aktionär ist, hat er das Stimmrecht"[72]). Man muß aber anerkennen — und dieser Tatsache kann sich auch v. Wolf nicht verschließen —, daß dieses Merkmal für die praktische Unterscheidung im Verkehr einen gewissen Wert hat. In der Regel schließt man vom Vorhandensein dieses persönlichsten Mitgliedschaftsrechts auf das Vorhandensein der Mitgliedschaft selbst.

Da in der unbeschränkten Zulassung der Ausgabe von Genußscheinen eine gefährliche Schmälerung der Rechte einzelner Aktionärgruppen erblickt werden kann, versucht der Rev. E. III, dieser Gefahr dadurch entgegenzutreten, daß er den Kreis der Personen, die damit bedacht werden können, einigermaßen umschreibt. Es

[71]) Bachmann und Schäfer, a. a. O. Klemperer: „Die rechtliche Natur der Genußscheine. Diss. Halle 1899, S. 34.

[72]) v. Wolf, a. a. O. S. 112.

wird verlangt[73]), daß die Ausstellung von Genußscheinen nur zu Gunsten der Gründer oder solcher Personen zugelassen werde, die in einem engen Konnex (zufolge früherer Kapitalbeteiligung, Aktienbesitz oder Gläubigeranspruch) zum Unternehmen stehen oder standen.

Diese Einschränkung hat ihre Berechtigung, da mit der Entrichtung von Dividenden an die Genußscheininhaber eine Verminderung des Dividendenrechts der Aktionäre eintritt, die, wenn auch juristisch nicht als vollständiger Entzug dieses Sonderrechts[74]) zu betrachten, so sich doch praktisch in der gleichen Weise auswirkt. In Art. 657,1 wird eine Grundlage geschaffen, auf die sich das Anfechtungsrecht der Aktionäre gegen Ausgabe von Genußscheinen an unqualifizierte Personen stützen kann.

Immer unter dem gleichen Gesichtspunkte, der Institution der Genußscheine nach Möglichkeit Schranken zu ziehen, ist im Rev. E. III die Zulässigkeit einer Aenderung dieser Rechte vorgesehen. Zu diesem Zwecke werden die Genußscheininhaber zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossen und den Vorschriften über die Gläubigergemeinschaft bei Anleihensobligationen (Rev. E. III Art. 1103 ff.) unterstellt. Da aber für die Beschlüsse nach Gläubigergemeinschaftsrecht Mehrheiten verlangt werden, die unter Umständen für die Verhältnisse der Genußscheine nicht passen, ist für diese vorgesehen, daß, soweit bei der Ausgabe der Genußscheine nicht etwas anderes bestimmt wird, Gemeinschaftsbeschlüsse mit absoluter Mehrheit der vertretenen Stimmen gefaßt werden können (Art. 657,2).

B. Die Genußaktien.

Um die rechtliche Natur der in der modernen Terminologie „Genußaktien" benannten, bei Anlaß von Aktienamortisationen ausgegebenen Genußtitel erhoben sich gleichfalls große Meinungsverschiedenheiten. Der Ausdruck Genußaktie bezeichnet eine Wertурkunde, die, gegen amortisierte Aktien ausgegeben, im Gegensatz zum Genußschein nicht nur die vermögensrechtlichen Berechtigungen, sondern dazu alle Verwaltungsrechte, also insbesondere das Stimmrecht verleiht. Die Genußaktie verkörpert die Mitglied-

[73]) Vgl. Art. 657, 1, Rev. E. III und Botschaft S. 30.

[74]) Vgl. Art. 645. Rev. E. III und S. 7 dieser Abhandlung.

schaft mit teilweise, nicht in ihrem Wesen, wohl aber in ihrem Umfange geschmälerten Rechten.

Die Zulässigkeit der Ausgabe von Genußtiteln, die an Stelle amortisierter Aktien treten und gleich wie Aktien volles Mitgliedschaftsrecht gewähren sollten, wurde von verschiedener Seite angezweifelt. Als Hauptargument wurde angeführt[75]), bei jeder Art der Amortisation, auch bei einer solchen aus dem Reingewinn, gehe das als absolut zum Bestand der Mitgliedschaft notwendig bezeichnete Gegenstück, die Kapitalbeteiligung, zu Grunde. Es wird ausgeführt, daß, da die Aktie einen Teil des Grundkapitals darstelle und begriffsmäßig mit diesem verbunden sei, durch die Zurückbezahlung der Einlage die Aktie von Rechts wegen erlöschen und deren Inhaber die Aktionärrechte verlieren müsse. So kommt man zum Schluß, daß Genußtitel, die bei Anlaß einer Amortisation entstanden sind, Aktionärrechte nicht gewähren können.

Gestützt auf OR. Art. 629 bestreitet dagegen v. Wolf[76]), daß die Mitgliedschaft an den Bestand der Einlage geknüpft sei und mit deren Rückzahlung erlösche. Ein Recht auf die Einlage, das die Grundlage für alle weiteren Rechte bilde, so daß mit dessen Untergang die andern auch untergehen müßten, bestehe nicht. Die Vermögensrechte – das Dividendenrecht und das Recht auf den Liquidationserlös — werden durch die Amortisation nur beschränkt, aber nicht erschöpft. Dieser Meinung ist m. E. beizupflichten.

Für die eine oder die andere Auffassung mit neuen Argumenten Partei zu ergreifen, hat praktisch keinen erheblichen Wert. Der Verkehr, der in seiner dynamischen Wirkung auch hier stärker war als die Doktrin, schuf das Institut der Genußaktien und baute es aus. Gegen eine positive Gesetzesregel wurde damit nicht verstoßen. Das Bundesgericht hatte keine Gelegenheit, sich in einem praktischen Falle einer der geäußerten Ansichten auszuschließen, oder rechtsschöpfend eine neue Meinung zu begründen. Der Rev. E. III (Art. 745) folgte dem anerkannten Bedürfnis — und damit in gewissem Sinne der von Wolf vertretenen, sehr einleuchtenden Theorie — und bestimmte, daß die Statuten die Ausgabe von Genußaktien mit vollem Mitgliedschaftsrecht bei der Amorti-

---

[75]) So von Schäfer, a. a. O. S. 17.

[76]) v. Wolf, a. a. O. S. 110.

sation durch Auslosung vorsehen können. Diese, für die ausgelosten und zurückbezahlten Aktien, als Kompensation für die durch die Amortisation entgangenen eventuellen Gewinnchancen ausgegebenen Werttitel lauten nicht auf eine bestimmte Teilsumme des Grundkapitals. Sie gewähren aber ihrem Inhaber die Mitgliedschaft, vor allem das Stimmrecht in der Generalversammlung, sowie Anteil am Reingewinn und am Liquidationserlös. Die Genußaktionäre haben die gleichen Vermögensrechte wie die gewöhnlichen Aktionäre, doch in einem dem Verhältnis ihrer ehemaligen Kapitalbeteiligung nach beschränkterem Maße. Das Stimmrecht bleibt unverändert, entweder nach der ursprünglichen Kapitalbeteiligung abgestuft oder nach statutarischer Bestimmung frei bestimmt. Die Statuten bestimmen ferner die auf die Genußaktien entfallenden Dividenden und den für sie reservierten Teil des Liquidationsergebnisses, da den Titeln kein Nennwert zukommt.

II. Der Anteilschein der G. m. b. H.

1. Ausgabe.

Während, wie wir gesehen haben, die Verkörperung der Mitgliedschaft in der Aktienurkunde der A. G. zur Erfüllung ihrer wirtschaftlichen Aufgabe dient, ist die Ausstellung einer Urkunde über den Gesellschaftsanteil nach den allgemeinen Prinzipien der G. m. b. H. keine notwendige, in der Natur der Gesellschaft liegende Erscheinung.

In Deutschland[77]) ist bei den G. m. b. H. mit größerer Mitgliederzahl die Ausgabe von Anteilscheinen häufiger, bei kleineren Gesellschaften viel seltener zu treffen. Ursprünglich sind sie als Quittung über den einbezahlten Anteil gedacht, erst später wurde ihnen (hauptsächlich in der Inflationszeit) eine größere Bedeutung zugemessen. Im deutschen G. m. b. H.-Gesetz sind Anteilscheine über die Geschäftsanteile weder vorgesehen noch überhaupt erwähnt, somit also auch nicht verboten. Es ist von der herrschen-

[77]) Das Fehlen der G. m. b. H. in der Schweiz zwingt mich, die Beispiele aus der deutschen Praxis zu entnehmen.

den Meinung deren Zulässigkeit anerkannt. Schon die Motive[78]) erklärten sie für zulässig, insbesondere für den Fall der größeren Mitgliederzahl, namentlich als Ausweis über gemachte Einzahlungen. Das deutsche Gesetz verbietet auch nicht die Ausstellung von Urkunden über Teile von Geschäftsanteilen, sog. Teilanteilscheinen, sowohl bei originärem Erwerb, bei Gründung der Gesellschaft, wie auch bei Veräußerung von solchen Teilanteilen.

Folgende, anscheinend gebräuchliche Form eines Anteilsscheins, gibt die Sammlung „Handelsrechtliche Aktenstücke und Formulare" von Höninger-Cahn (S. 62):

Anteilschein über Mk. 25 000.—. Nr. 2.

Der Baumeister Friedrich Wilhelm Schulze in Frankfurt a. M. ist bei der Eigenheim-Baugesellschaft m. b. H. in Frankfurt als Gesellschafter mit einem Gesellschaftsanteil von Mk. 25 000.— beteiligt. Ueber diesen Ges.-Anteil im Betrage von Mk. 25 000.— — fünfundzwanzigtausend Mark — wird diese Urkunde ausgefertigt.

Zur Veräußerung dieses Gesellschaftsanteils ist die Zustimmung der Gesellschaft erforderlich.

Der Rev. E. III scheint die Ausgabe von Anteilscheinen nicht als Ausnahme zu betrachten. Art. 787 spricht sich deutlich für Zulässigkeit der Ausgabe aus, ohne sie jedoch vorzuschreiben: „Wird über den Gesellschaftsanteil eine Urkunde errichtet ....." Dagegen verbietet der Rev. E. III im Gegensatz zum deutschen Gesetz die Ausgabe von Teilanteilscheinen. Art. 787,3 setzt fest, daß eine Urkunde nur über den ganzen Gesellschaftsanteil ausgestellt werden könne.

Wir haben festgestellt, daß im Aktienrecht die herrschende Meinung mit Recht einen Anspruch des Aktionärs auf Ausgabe einer seiner Beteiligung entsprechenden Aktienurkunde anerkennt. Im Gegensatz dazu hat das Mitglied einer G. m. b. H. nie einen direkten Anspruch auf Aushändigung einer Mitgliedschaftsurkunde. Diesen Anspruch haben wir im Aktienrecht mit der Wertpapiernatur der Aktie, mit ihrer Funktion bei Geltendmachung und Uebertragung des Mitgliedschaftsrechts begründet. Kraft Gesetzes ist

[78]) Motive zum zitierten Gesetz, S. 14.

dem Anteilschein der G. m. b. H. keine Funktion, weder bei der Uebertragung, noch als Legitimationsmittel bei der Ausübung eines Rechts des Gesellschafters eingeräumt. Die Ausgabe von Anteilscheinen bleibt völlig im Ermessen der Gesellschaft. Sie kann von vornherein in den Statuten vorgeschrieben sein. Erst ein derartiger, statutarisch festgelegter Beschluß gibt dem Uebernehmer eines Gesellschaftsanteils, der die zum vollen Erwerb der Mitgliedschaft erforderlichen vermögensrechtlichen Bedingungen (Einzahlung eines Minimums von 50% auf die Stammeinlage oder Deckung derselben Quote durch Apporte, Art. 768) erfüllt hat, und als Gesellschafter ins Anteilbuch eingetragen worden ist, einen Anspruch auf Aushändigung eines Anteilscheins. In diesem wird üblicherweise die Höhe der finanziellen Beteiligung des Gesellschafters angegeben sein.

Sollte die Abschaffung der Anteilscheine oder eine wesentliche Formänderung derselben nachträglich beschlossen werden, so müßte dies auf dem Wege einer Statutenänderung geschehen. In Ermangelung besonderer statutarischer Vorschriften über die hiezu benötigte Stimmenmehrheit ist hier die qualifizierte $^3/_4$-Mehrheit erforderlich (Art. 804). Zwingend ist die Vorschrift der Anmeldung beim Handelsregister (Art. 805). Rechtliche Wirkung hat der Beschluß erst mit der Eintragung. Ist die Ausgabe von Anteilscheinen in den Statuten nicht vorgesehen, so besteht immer noch die Möglichkeit, solche durch einfachen Generalversammlungsbeschluß einzuführen. Solche Beschlüsse brauchen nach Art. 775,3, und wenn die Statuten nichts anderes bestimmen, eine einfache Mehrheit. Auch der rechtsgültig gefaßte Beschluß über die Einführung von Anteilscheinen gibt dem Gesellschafter einen Anspruch auf Aushändigung.

2. Rechtliche Natur.

Weder das deutsche Gesetz noch der Rev. E. III räumen dem Anteilschein bei Entstehung, Uebertragung oder Geltendmachung des Mitgliedschaftsrechts eine weitere als bloß beweisrechtliche Funktion ein. Fast die gesamte deutsche wissenschaftliche Literatur hat aus der zwingenden Vorschrift des § 15 des G. m. b. H.-Gesetzes, wonach die Abtretung eines Geschäftsanteils durch einen in gerichtlicher oder notariell beurkundeten Form abgeschlossenen

Vertrag erfolge (also ohne jede Berücksichtigung der Uebergabe des Scheins), die juristische Natur des Anteilscheins als einer schlichten Beweisurkunde abgeleitet[79]). Daß die Mitgliedschaft nicht mit der Uebergabe der Urkunde auf den Erwerber übergehe, sprach nach der herrschenden Meinung zwingend gegen die Wertpapiernatur des Anteilscheins. Da ferner auch die Entstehung des Rechts von der Existenz der Urkunde vollständig unabhängig war, konnte sie keine konstitutive Beweisurkunde sein. Der Rev. E. III hat in Art. 787,3 die juristische Natur des Anteilscheins als deklarative Beweisurkunde ausdrücklich festgelegt.

Es fragt sich: Ist somit jede weitere Funktion des Anteilscheins, die über den engen Rahmen seiner bloß prozessualen Beweisnatur hinausginge, z. B. jede Funktion als Legitimation für irgend eine Verwertungsart des Rechtes nach der Regelung des Rev. E. III ausgeschlossen?

Hier treffen wir auf den Angelpunkt des ganzen Anteilscheinproblems, auf eine für die Aufstellung der Statuten einer G. m. b. H. eminent wichtige Frage: Können die Statuten eine Klausel aufstellen, wonach als weiteres Gültigkeitserfordernis für die Uebertragung des Gesellschaftsanteils die Uebergabe des Anteilscheins gelten solle? Welches ist die Bedeutung einer solchen Klausel und inwiefern ändert ihre Aufnahme in die Statuten den juristischen Charakter der Urkunde?

Um diesen Fragenkomplex besteht in Deutschland eine noch nicht gelöste Kontroverse. Die herrschende Meinung, die eine solche Klausel für zulässig hält[80]), interpretiert sie in der Weise, daß ihr zufolge die Abtretung des Gesellschaftsanteils ohne die Uebergabe der Urkunde rechtlich noch nicht vollständig erfolgt sei. Trotzdem sieht sie darin, und hier liegt der logische Fehler, keine Aenderung der rechtlichen Natur des Scheins, den sie nach wie vor als Beweisurkunde bezeichnet.

Diese Meinung ist m. E. unrichtig, da, wenn die Uebertragung des Gesellschaftsanteils ohne Uebergabe des Scheins rechtlich unwirksam ist, demnach das Mitgliedschaftsrecht nicht übergeht und

[79]) Aus der großen Anzahl der im wesentlichen gleichlautenden diesbezüglichen Aeußerungen vgl. u. a. Parisius-Crüger: Kommentar zum G. m. b. H.-Gesetz. 3. § 14.1 S. 142, und § 15 S. 148. Dann Feine: Die G. m. b. H. in Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts, 3. Abtg., § 21.1.

[80]) Vgl. R. G. Z. vom 17. XII. 1920.

somit nicht geltend gemacht werden kann. Ein Papier aber, bei dem das beurkundete Recht derart mit der Urkunde verknüpft ist, daß es ohne das Papier nicht geltend gemacht werden kann, fällt unter den allgemein anerkannten Wertpapierbegriff Brunners. Somit wäre das Papier, wenn es, was in der Regel der Fall sein wird[81]), auf Namen ausgestellt ist, ein einfaches Namen- (Recta-) Papier.

Diese logische Folgerung macht in der Literatur einzig Grön[82]), der sich zwar in der Interpretation der angeführten Klausel der herrschenden Meinung, die in der Uebergabe des Scheins ein Gültigkeitsrequisit (zum Teil auch als Erschwerung der Uebertragung gedacht) erblickt, anschließt, aber dann folgerichtig den Gedanken weiterführt: „Wenn so die Uebergabe des Anteilscheins als weitere Voraussetzung für die Uebertragung des Geschäftsanteils bestimmt werden kann, so ändert sich dadurch der Zweck des Anteilscheins. Er dient jetzt nicht mehr allein dazu, die Mitgliedschaft zu beweisen, sondern wird für die materielle Rechtsstellung des Berechtigten von Bedeutung, indem er wesentlich wird für die Uebertragung des Geschäftsanteils und damit für die Ausübung eines außerordentlich wichtigen Rechts des Gesellschafters".

Da in Deutschland keine besondere Gesetzesbestimmung dieser Auffassung entgegensteht, muß man die theoretische Konstruktion des Anteilscheins als Recta-Papier, wie sie Grön postuliert, bei Vorhandensein der Uebertragungsklausel in den Statuten m. E. juristisch durchwegs gelten lassen. Eine andere Frage ist, ob diese Konstruktion einem Bedürfnis des Verkehrs entspricht und folglich erwünscht ist, oder ob sie solche Gefahren in sich birgt, daß eine ähnliche Regelung, wie sie der schweizerische Rev. E. III vorgesehen hat, als mit dem ganzen Geist der G. m. b. H. besser in Einklang stehend, de lege ferenda zu befürworten sei. Die Beantwortung dieser Frage schließt sich der Betrachtung der Regelung des Rev. E. III an.

Der Rev. E. III wollte von vorneherein durch Festlegung der juristischen Natur des Anteilscheins eine Unterstellung unter den sehr weiten Wertpapierbegriff des Art. 945 unmöglich machen. In

---

[81]) In R. G. Z. vom 17. XII. 1920 ist festgesetzt, daß Anteilscheine der G. m. b. H. nur auf den Namen ausgestellt werden können.

[82]) Grön: „Der Anteilschein der G. m. b. H. Diss. München 1928. S. 31 ff.

diesem Sinne kommt Art. 787,3 einer Legaldefinition gleich: Im kommenden Recht ist der Anteilschein der G. m. b. H. eine Beweisurkunde über die Mitgliedschaft zu dieser Gesellschaft.

Auch auf die Frage nach der Zulässigkeit der Uebertragungsklausel gibt der Rev. E. III eine eindeutige Antwort. Art. 789,3 überläßt es den Statuten, die Abtretung des Gesellschaftsanteils von „weiteren Bedingungen" abhängig zu machen. Unter diesen weiteren Bedingungen kann selbstverständlich die Uebergabe des Anteilscheins nicht verstanden werden. Das Gesetz schließt dies aus. Und gerade damit eine darauf hinweisende statutarische Klausel nicht entgegen dem Sinne des Gesetzes als Gültigkeitserfordernis interpretiert werde, verfügt Art. 787,3 zwingend, daß der Anteilschein nicht ein Wertpapier, mit der typischen engen Verknüpfung von Recht und Papier sein könne. Somit kann die Gültigkeit der Abtretung des Gesellschaftsanteils niemals von der Uebergabe der Urkunde abhängig gemacht werden. Ist die Uebertragungsklausel in das Statut aufgenommen, dann kann ihr nur die Bedeutung einer bloßen Ordnungsvorschrift[83]), die als weitere Verpflichtung des Abtretenden, nicht zwingend als Gültigkeitsrequisit, die Uebergabe des Anteilscheins vorsieht, zukommen[84]).

3. Der Anteilschein und die Uebertragbarkeit der Mitgliedschaft.

Wir haben im Kapitel 1 die markantesten Erscheinungen hervorgehoben, die als Ausfluß der Mitgliedschaft einer freien Uebertragbarkeit der Gesellschaftsanteile einer G. m. b. H. entgegenstehen. Sie lassen sich alle unter einer Tendenz zusammenfassen, unter der individualistischeren Gestaltung der schweizerischen G. m. b. H. als Gegenströmung gegen die kapitalistische Entwicklung in Deutschland.

Sowohl deutsches geltendes, wie schweizerisches kommendes Recht versuchen, durch erschwerende Formvorschriften zu verhin-

---

[83]) Aehnlich ist bei der Abtretung von Forderungen der Abtretende nach OR. 170, 2 verpflichtet, die Schuldurkunde und alle vorhandenen Beweismittel auszuliefern. Die Abtretung geschieht aber unabhängig von der Uebergabe der Urkunde.

[84]) Dieselbe Auffassung vertritt ohne besondere Begründung auch Canner, a. a. O. S. 98.

dern, daß mit einer leichten Abtretbarkeit die Sicherheit des Erwerbers gefährdet werde, und aus rücksichtsloser Spekulationssucht solche „Werte" in den offenen Handel gebracht werden können. Die in Deutschland mit der Regelung des G. m. b. H.-Gesetzes gemachten Erfahrungen bewiesen zweierlei. Erstens, daß die Vorschriften für die Uebertragung der Geschäftsanteile durch relativ einfache Verfahren umgangen werden können. So erwähnt Fränkel[85]) die Modalität, wonach der Erstveräußerer dem Erwerber neben dem beurkundeten Geschäftsanteil eine Blankovollmacht übergibt. Der Erwerber, der, nach einer beliebig langen Reihe formloser Uebertragungen den Anteil behalten will, setzt dann seinen Namen in die Vollmacht ein und läßt die notarielle oder gerichtliche Abtretung vornehmen. Oder aber es läßt sich eine Bank einen Auftrag auf Erwerb von Anteilen geben, führt den Auftrag aus und gibt dem Auftraggeber über die bei ihr in Depot bleibenden Anteilscheine eine Urkunde aus, die jenem ein formlos abtretbares Verfügungsrecht über die Anteile gibt.

Die zweite Erfahrung zeigte den Fehler, der gemacht wurde, indem man die Rechtsnatur des Anteilscheins nicht durch positive Gesetzesnorm als Beweisurkunde festsetzte. Diese Lücke drohte durch die Mißstände, welche durch das Aufkommen wertpapierähnlich ausgeschmückter, innerlich aber wertloser Anteilsurkunden hervorgebracht wurden, das Vertrauen in die G. m. b. H. als kreditwürdige Gesellschaftsform zu erschüttern. Fränkel zeigt in seiner Studie die Irreführung des Publikums durch solche Machinationen, die dem Erwerber insofern Schaden zufügen können, als sich diese Papiere in einem allfälligen Konkurse der Gesellschaft als gänzlich wertlos herausstellen.

Fränkel hält den Anteilschein für die Grundlage jeden Handels in Anteilen. Er betont, daß die Ungewißheit, die in den beteiligten Kreisen über die rechtliche Natur der Anteilscheine herrscht, eine erhebliche Zahl von Käufern immer wieder dazu verleitet, in diesen Urkunden Wertpapiere zu erblicken. In den Augen des Publikums ist der Anteilschein mehr als eine Beweisurkunde, etwas vom Schuldschein grundsätzlich Verschiedenes. Die Erwerber glauben, daß der Anteilschein das Mitgliedschaftsrecht verkörpere und daß dieses mit dem Eigentum am Schein übergehe. Dieser falschen An-

[85]) Fränkel, a. a. O. S. 173.

sicht kommt die ständige Uebung der für den Handel in Frage kommenden größeren Gesellschaften entgegen. Den Anteilscheinen wird ein aktienähnliches Aussehen verliehen. Sie werden nicht auf den vollen Betrag des Gesellschaftsanteils ausgestellt, sondern meist auf 1000, bisweilen auch auf 5000 Mk. Ein Gesellschafter, dessen Stammeinlage 20 000 Mk. beträgt, erhält also nicht einen Anteilschein auf 20 000 Mk., sondern 20 über je 1000 Mk.[86]).

Die ganze Struktur der schweizerischen G. m. b. H. verlangte eine Erschwerung der Abtretung des Gesellschaftsanteils, insbesondere eine Mitwirkung der Gesellschaft bei Erwerb der Mitgliedschaft. Die strengen Formvorschriften des Art. 789 sind eine logische Folgerung dieses Gedankens. Nicht zuletzt waren es die Schilderungen Fränkels — die bei der Durchberatung des Rev. E. III öfters erwähnt wurden —, welche die Redaktoren des Projekts dazu bewegten, jedem Zweifel über die Unzulässigkeit der Abtretung des Geschäftsanteils durch einfaches Rechtsgeschäft und Uebergabe der Urkunde dadurch entgegenzutreten, daß sie den Anteilschein als das in Art. 787 gekennzeichnete, für die materielle Rechtsstellung des Berechtigten bedeutungslose und nur zu Beweiszwecken brauchbare Papier konstruierten.

4. Der Anteilschein bei der Teilung der Gesellschaftsanteile. Teilanteilscheine.

Der Fall, daß die finanziellen Verhältnisse eines Mitgliedes einer G. m. b. H. ihn dazu zwingen können, einen Teil seines Gesellschaftsanteils veräußern zu müssen, ist ähnlich wie in Deutschland auch vom schweizerischen Gesetzgeber berücksichtigt worden. Durch die Veräußerung eines Teilanteils sollte ein Gesellschafter die Möglichkeit haben, flüssige Mittel zu erhalten, ohne seine Mitgliedschaft aufgeben zu müssen. Hier wurde das Prinzip der Unteilbarkeit der Gesellschaftsanteile zu Gunsten der Erhaltung des Mitgliederbestandes durchbrochen.

[86]) Diese, für die Anfänge der G. m. b. H. in den 90er Jahren und dann speziell für die schlimmste Periode der Inflation geschilderten Zustände haben sich nach meinen Erkundigungen in Berlin stark gebessert. Von einem Handel in Anteilscheinen wird man kaum mehr sprechen können. Ebenfalls sind die Bestrebungen einer außeramtlichen Notierung dieser Werte an einer speziellen Börse (die in Kiel errichtet werden sollte) vollständig versandet.

In Anlehnung an die herrschende Meinung, vertreten durch Feine, Hachenburg und Scholz, kann man annehmen, daß mit der Eintragung des Erwerbers auf Grund des durch Teilabtretung entstandenen Stammanteils ein neuer Vollgesellschafter in die Reihen der Mitglieder aufgenommen wird[87]). Seine Rechte, soweit sie teilbar sind, sind ein dem Verhältnis seiner Stammeinlage entsprechender Teil derjenigen, die sein Veräußerer vorher hatte. Dies gilt für die Kapitalstimmen und den Gewinnanteil. Rechte höchst persönlicher Art gehen nicht auf den Erwerber über, ebensowenig wie auf den Erwerber des ganzen Anteils.

Hat ein Gesellschafter einen Anteil oder einen Teil eines solchen erworben, so gilt das Prinzip der Einheitlichkeit der Gesellschaftsanteile. Rev. E. III Art. 792 bestimmt, daß sich die Stammeinlage des Erwerbers um den entsprechenden Nennwert erhöht; der hiezu erworbene ganze Anteil oder der Teilanteil verliert seine Selbständigkeit und wächst dem Anteil des Erwerbers an.

Zulässig ist die Teilung nur, wenn die Statuten sie nicht ausschließen. Art. 791 erlaubt die Veräußerung eines Teilanteils unter den gleichen erschwerenden Formvorschriften, wie sie für die Abtretung des ganzen Anteils verlangt werden. Insbesondere ist die Zustimmung der Gesellschaft zwingend erforderlich. Ebenfalls darf der abgesonderte Teil nicht unter den gesetzlichen Mindestbetrag eines Stammanteils (1000 Fr.) fallen. Diese Regelung will mit Recht verhindern, daß durch die freie Veräußerlichkeit kleiner Teilanteile eine handelsmäßige Zirkulation dieser, vom Publikum leicht als selbständige Wertobjekte angesehener, losgelösten Mitgliedschaftsstellen eintrete. Der gleiche Gedankengang führte zum Verbot des Art. 787,4, über gleichmäßige Teilbeträge, sog. Teilanteilscheine auszugeben. Eine Urkunde darf nur über den ganzen Gesellschaftsanteil ausgestellt werden.

Die Veräußerung von Teilanteilen wird bei der vom Rev. E. III getroffenen Ordnung folgendes, an einem Beispiel erläutertes Umschreibungsverfahren[88]) nach sich ziehen: Will der Gesellschafter

[87]) In diesem Sinne auch Canner, vgl. a. a. O. S. 106 und die dort zitierte Literatur.

[88]) Vgl. dazu Protokoll der Expertenkommission, S. 509: Auf die Frage Schärs, ob im Falle, daß ein Gesellschafter einen neuen Anteil oder einen Teilanteil zu dem eigenen hinzu erwerbe, eine neue Urkunde über die beiden Anteile zusammen, anszustellen sei, gab der Referent eine bejahende Antwort.

A, der einen Gesellschaftsanteil von 30 000 Fr. Nennwert besitzt, über welchen ein Anteilschein in der entsprechenden Höhe ausgegeben ist, an den Gesellschafter B, Eigentümer eines entsprechend beurkundeten Anteils von 20 000 Fr., einen Teilanteil von 10 000 Fr. abtreten, so muß er sich auf seiner Urkunde den abgesonderten Teilbetrag abschreiben lassen, während sich B über den auf 30 000 Fr. erhöhten Anteil eine neue Urkunde ausfertigen lassen muß.

Trotzdem diese Ordnung auf die Dauer ziemlich kompliziert erscheinen mag, ist sie doch der in Deutschland aufgekommenen und stark angegriffenen Ausgabe von Teilanteilscheinen auf das entschiedenste vorzuziehen. Da das deutsche G. m. b. H.-Gesetz weder für die Abtretung des ganzen Anteils, noch für die Teilabtretung die Zustimmung der Gesellschaft verlangte, entstand bei vielen G. m. b. H. die Einrichtung, das Stammkapital in gleichmäßige Teile zu zerlegen, über welche Anteilscheine ausgegeben wurden. Jeder Gesellschafter erhielt so viele Urkunden, als sein Geschäftsanteil solche Teile umfaßte[89]). Inhaber von solchen Teilanteilscheinen wurden oft dazu verleitet, in solchen Urkunden frei veräußerliche Wertpapiere zu erblicken und demnach sie in mehr oder weniger gutem Glauben als solche weiter zu veräußern. Wie leicht die Vorschrift der notariell beglaubtigten Zession umgangen werden konnte, zeigten schon unsere Ausführungen auf S. 81.

Es wurde in Anbetracht der durch das Kursieren solcher wertloser Urkunden im Handel hervorgerufener Mißstände die Frage aufgeworfen, ob die Ausgabe von Teilanteilscheinen nicht überhaupt gänzlich zu verbieten sei[90]). Der Rev. E. III kennt in Art. 787,4 ein solches Verbot. In Deutschland wurde die Frage offen gelassen, wohl aus dem Grund, weil nach der Inflationszeit nicht mehr von einem Handel in solchen Scheinen, noch von der Gefahr eines solchen gesprochen werden kann.

---

[89]) Vgl. Grön, a. a. O. S. 24.

[90]) So von Gierke, a. a. O. S. 327: An gleicher Stelle spricht Gierke den Teilanteilscheinen, allerdings ohne jegliche weitere Begründung sogar den Charakter von Beweisurkunden ab. Man wird hier nicht mit ihm einig gehen können. Die für Beweisurkunden charakteristische Rechtsvermutung begründen für die Innehabung eines Teilanteils wohl auch die Teilanteilscheine.

5. Der Anteilschein in der ausländischen Gesetzgebung.

In der richtigen Erkenntnis, daß es sich um ein wichtiges Element im Problem der Ausgestaltung der G. m. b. H. mehr nach der kapitalistischen oder individualistischen Seite hin handle, haben die Gesetzgebungen des Auslands deutlich zur Frage der Anteilscheine Stellung genommen. Dabei hat die große Mehrzahl[91]) in der Zulassung einer wertpapiermäßigen Verkörperung der Gesellschaftsanteile eine Gefahr für die Entwicklung der G. m. b. H. erblickt. Die Literatur war einstimmig der Ansicht, daß die bewußte Erschwerung der Abtretung, ein Gedanke, den sich in Anlehnung an die deutsche Regelung sämtliche ausländische Gesetzgebungen zu eigen gemacht haben, durch Anteilscheine in Wertpapierform illusorisch gemacht würde.

Merkwürdigerweise hat gerade in dem Lande, in welchem während längerer Zeit durch die wertpapiermäßige Zirkulation wertloser Anteilscheine die größten Täuschungen verursacht wurden, in Deutschland, die Frage nach der Stellung dieser Urkunde im Verkehr, nach ihrer juristischen Natur in der Gesetzgebung[92]), wie bereits betont, keine endgültige Lösung gefunden[93]). Doch hatten die, besonders durch den Verband der G. m. b. H. in Berlin angestrebten Reformen nach der kapitalistischen Seite hin, wobei dem Anteilschein weit größere Bedeutung zukommen würde, keinen Erfolg[94]).

Das französische Gesetz[95]) steht auf dem Boden der möglichsten Erschwerung der Abtretung von Geschäftsanteilen (parts sociales). Zu dem Zwecke häuft es die Bedingungen und Formvorschriften für die Uebertragung. Es soll von vornherein verhindert werden, daß sich die Spekulation der über die Gesellschafts-

---

[91]) Einzige Ausnahme bilden Belgien und Liechtenstein.

[92]) Gesetz vom 20. IV. 1892. Fassung vom 20. V. 1898. Eine Novelle wird erstrebt und vorbereitet.

[93]) Doch ist die Literatur im allgemeinen darüber einig, daß dem Anteilschein nur Beweisfunktion zuzuweisen sei. Anderer Meinung einzig

[94]) Grön. Vgl. a. a. O. S. 42. Ferner die Ausführungen Klingspors „Der Handel in Geschäftsanteilen der G. m. b. H.“. Diss. Gießen 1922 (ungedruckt).

[95]) Loi du 7 mars 1925 sur l'introduction des société à responsabilité limitée.

anteile ausgefertigten Urkunden bemächtige[96]). Der Entwurf der Regierung von 1920 bestimmte, daß einzig Namenpapiere über die Anteile ausgestellt werden sollten. Da über den Begriff der Recta-Papiere aber im französischen Publikum Unklarheiten herrscht und deshalb leicht Mißverständnisse entstehen könnten, wurde im definitiven Text (Art. 21) die Natur der Anteilscheine (certificats de parts sociales) als Beweisurkunden festgesetzt. Die Ausgabe von Order- oder Inhaberpapieren über die Anteile wurde untersagt und außerdem jeder öffentlicher Handel damit in Art. 37,2 ausdrücklich verboten.

Das österreichische G. m. b. H.-Gesetz[97]) verbietet in § 75,3 die Uebertragung etwaiger, über die Beteiligung an der Gesellschaft ausgestellten Urkunden durch Indossament. In § 121 stellt es die Ausgabe solcher, auf den Inhaber oder an Order lautende Scheine oder solcher, die eine auf die Zulässigkeit der Indossierung hinweisende Bemerkung tragen, sogar ausdrücklich unter Strafe[98]). Eine ähnliche Regelung gibt der italienische Entwurf von 1925 (vgl. Art. 147 und die Strafbestimmungen des Art. 923,6).

Eine Regelung, die in der freiheitlichen Berücksichtigung des Willens der Parteien dagegen sehr weit geht, wird vom liechtenstein'schen Gesetze getroffen[99]). Wenn nämlich Art. 401 auch die Regel aufstellt, daß im Normalfall dem Anteilschein die Natur einer schlichten Beweisurkunde zukommen soll, so wird doch ausdrücklich der Wille der Gesellschaft, eine andere Ordnung zu treffen, vorbehalten. So läßt es Art. 409 den Statuten frei, abweichend von der vorausgehenden Vorschrift die Ausgabe von auf den Namen lautenden Wertpapieren, „welche gleich Namenaktien als Orderpapier durch Indossament übertragbar sind", anzuordnen. Eine nicht unwichtige Einschränkung gibt Abs. 2 des gleichen Artikels, der bestimmt: „Die Ausgabe solcher Wertpapiere

[96]) Drouet. „Traité théorique et pratique sur les sociétés à resp. lim. S. 221.

[97]) Gesetz vom 6. III. 1906. Neufassung vom 20. X. 1921. In einigen Punkten abgeändert in der Novelle vom 4. VII. 1924.

[98]) Gefängnisstrafe von 1 Monat bis zu 1 Jahr und Geldstrafe von 1000 bis 20 000 Kronen.

[99]) Zivilgesetzbuch, 5. Abtg. Personen- und Gesellschaftsrecht. Vgl. Art. 389 ff. v. 20. VI. 1926.

ist bei sonstiger Nichtigkeit und unbeschränkter und solidarischer Verantwortlichkeit der Ausgeber nur zulässig, wenn die Stammeinlagen mindestens zur Hälfte geleistet worden sind und außer dem nicht geleisteten Restbetrag keine anderen Verpflichtungen zu Leistungen der Gesellschaft bestehen". Die einzelnen Anteilscheine sollen selbständige Wertobjekte sein, deren Uebertragung der Zustimmung der Gesellschaft nur bedarf, wenn die Statuten dies vorsehen.

Bei der kritischen Betrachtung dieser elastischen, aber höchst gefährlichen Regelung kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß sie durch ihre extreme Freiheitlichkeit vor allem darauf ausgehe, zwecks Einziehung von Steuern und Gebühren zur Errichtung von ausländischen G. m. b. H. auf liechtenstein'schen Boden anzuregen. Auf die Gefahren einer solchen Ordnung braucht nach dem früher Gesagten nicht mehr hingewiesen zu werden.

III. Der Genossenschaftsanteilschein.

1. Ausgabe.

Wir haben im 1. Kapitel dieser Arbeit in großen Zügen die juristischen Eigenheiten des Mitgliedschaftsverhältnisses bei der Genossenschaft dargestellt. Wir zeigten ferner, wie die Praxis in einer stets wachsenden Anzahl von Fällen unter der Herrschaft der lükkenhaften Normen des geltenden OR. aus der Genossenschaft eine Art formfreierer, einfacher organisierter A. G., aus der allgemeinen wirtschaftlichen Förderungsgemeinschaft eine Handelsgesellschaft auf kapitalistischer Grundlage schaffte. Die Genossenschaft wurde immer mehr in den kapitalistischen Verkehr hinein gerissen. Die Persönlichkeit der Mitglieder wich in ihrer Bedeutung hinter ihre finanzielle Beteiligung zurück.

Ein Vergleich mit der Mitgliedschaft der A. G. zeigte uns im ursprünglichen Aufbau eine Reihe grundlegender Unterschiede. Wir betonten hauptsächlich, daß während bei der A. G. die Identifizierung der Mitgliedschaft mit ihrem vermögensrechtlichen Bestandteile, dem Aktienbetrage zum innersten Wesen der Gesellschaft gehöre, dagegen die ähnliche Entwicklung in der Genossenschaft eine Verzerrung des Bildes dieser Vereinigungsform be-

deute. Ob diese Anpassung an die stets wachsende Kapitalisierung des Wirtschaftslebens innerlich gerechtfertigt war oder aus opportunistischen Gewinnabsichten versucht wurde, darüber können die Meinungen auseinandergehen. Tatsache bleiben die in die Augen springenden Widersprüche, die aus dem Nebeneinanderbestehen der A. G. und der „Kapitalgenossenschaft" sich ergeben. Was nützen die zum Schutze des Publikums aufgestellten Kautelen bei der A. G., wenn auf der andern Seite sich Gebilde mit gleichem Wirtschaftszweck, gleichen Kreditmitteln, gleichen Risiken in die formfreie, in ihrer Gründung erleichterten, mit geringer Publizität ausgestattete, elastische Form der Genossenschaft des geltenden OR. kleiden können?

Nichts illustriert die Zweckänderung der Genossenschaft besser als die Entwicklung der Rolle des Anteilscheins.

Von jeher und in den meisten Fällen wurde der Eintritt in eine Genossenschaft mit der Entrichtung eines Eintrittsgeldes, meistens von kleinerem Betrage, verbunden. Dem Genossenschafter wurde als Anerkennung seiner Mitgliedschaft, zugleich als Quittung über das entrichtete Eintrittsgeld, eine Ausweiskarte ausgehändigt. Gleich wie die Ausweise irgend eines Vereins besaß eine solche Karte nur Beweiskraft, sie war persönlich und unübertragbar. Im Moment aber, als der Eintritt in die Genossenschaft von der Uebernahme eines Genossenschaftsanteils abhängig gemacht wurde, stellte man über den gezeichneten Betrag eine Urkunde aus, in der die Einzahlung des Nennbetrag anerkannt und sehr oft zugleich die Mitgliedschaft beurkundet wurde. Solche Quittungsbogen bekamen immer mehr die äußere Gestalt von Wertpapieren. Die wirtschaftliche Praxis veränderte zugleich ihre innere Bedeutung. Teils verkörpern sie heute als obligationenähnliche Papiere die Forderung des Genossenschafters in Höhe der geleisteten Einlage, zugleich die auf ihn entfallenden Vermögensrechte, meistens auch, damit verbunden, die Mitgliedschaft. In den Augen des Publikums wurden sie, und sind es jetzt noch, Wertpapiere.

Die wirtschaftliche Bedeutung[100]) der Anteilscheine ist entsprechend dem immer häufigeren Auftreten von Kapitalgenossenschaften stetig gewachsen. Ihre juristische Natur wurde zu gleicher Zeit lebhaft diskutiert. In Ermangelung jeglicher positiver Gesetzesnorm darüber (außer dem durch Bundesratsverordnung von 1919 aufgestellten Verbot, „Genossenschaftsanteile“[101]) auf den Inhaber auszustellen), war es Aufgabe der Wissenschaft und der Gerichte, die rechtliche Natur dieser Urkunden festzulegen, wobei unter den Juristen sehr verschiedene Ansichten geäußert wurden. Um dieselbe Zeit wurde um den Wertpapierbegriff und um die Anerkennung der Namenpapiere als Wertpapiere gestritten. So erklärt es sich, daß z. B. Rossel, der den Anteilschein als Namenpapier auffaßt, ihm doch nur Beweisfunktion einräumen will[102]). Curti, der dem Anteilschein Wertpapiernatur abspricht, will ihm aber, sich selbst widersprechend, Legitimationskraft anerkennen[103]). Eine einschlägige Studie widmete Emmenegger[104]) der wirtschaftlichen Bedeutung und der juristischen Natur des Anteilscheins der Genossenschaft. Für eine Menge von Einzelheiten, insbesondere Beispiele aus Statuten schweizerischer Genossenschaften, können wir schon an dieser Stelle auf seine Arbeit verweisen. Seine prinzipiellen Ausführungen auf dem Boden des geltenden OR. und Rev. E. I wurden hingegen durch die weitere Entwicklung der Revision[105]) nicht bestätigt. Wir werden in dieser Beziehung hier seinen Schlußfolgerungen entgegenzutreten haben.

---

[100]) Von den wichtigsten Genossenschaften mit Anteilscheinskapital seien erwähnt vor allem die Konsumvereine (speziell die Zürcher, Genfer, Berner und Luzerner Konsumgenossenschaften), dann die Bankbetriebe, Sparkassen, Versicherungskassen in Genossenschaftsform, ferner die Baugenossenschaften und Einkaufsgenossenschaften.

[101]) Terminologisch nicht ganz richtig für „Genossenschaftsanteilscheine“.

[102]) Rossel widerspricht dabei (Manuel de droit civile suisse III S. 739) der von ihm selbst geäußerten Auffassung, die Namenpapiere seien Wertpapiere.

[103]) Curti, Schweizer Handelsrecht, S. 324.

[104]) Emmenegger, „Die Anteilscheine der Genossenschaften. Diss. Freiburg i. Ue. 1921.

[105]) Vgl. insbesondere Rev. E. III Art. 840 ff.

2. Juristische Natur.

Die Regelung der genossenschaftlichen Organisationsform im 27. Titel des geltenden OR. ist mit seiner Mehrzahl bloß dispositiver Normen der Typus eines auf möglichste Bewegungsfreiheit abstellenden Rahmengesetzes. Innerhalb einiger sehr weitgesetzten Schranken konnte die schweizerische Genossenschaft ohne jede Verletzung gesetzlicher Vorschriften sehr verschiedene Formen annehmen. Grundrichtung der im OR. zu erkennenden Tendenz ist und bleibt aber (auch nach der Revision) m. E. die persönliche Gestaltung der Genossenschaft. Von „Anteilscheinen" im Sinne einer für die Mitgliedschaft oder die Kapitalbeteiligung formell oder materiell rechtserheblichen Urkunde ist im ursprünglichen Genossenschaftsrecht des OR. an keiner Stelle die Rede. Anteilscheine sind ein Produkt der bloßen Praxis praeter legem. Das Aufkommen einer für den Verkehr gefährlichen Form solcher Urkunden auf den Inhaber veranlaßte den Bundesrat im Jahre 1919 innerhalb einer Notverordnung eine Bestimmung aufzunehmen, die das Herausgeben von Anteilsurkunden auf den Inhaber verbieten. Es ist dies schon ein deutlicher Schritt gegen die Wertpapiernatur der Anteilscheine, da die Inhaberpapiere in diesem Zeitpunkt eigentlich einzig als reine Wertpapiere angesehen wurden. Seit diesem Verbot trifft man, soweit ich ermitteln konnte, ausschließlich nur noch Namenanteilscheine; einer solchen Urkunde mit der ausdrücklichen Orderklausel konnte ich nirgends begegnen.

Die juristische Natur dieser Namenanteilscheine ganz allgemein, wie wir es bei der Namenaktie tun konnten, festzulegen, ist in Anbetracht der verschiedenen in der Praxis vorkommenden Erscheinungsformen, die unsere einzige Untersuchungsbasis bilden, nicht ohne weiteres möglich. Die Statuten sind es, welche die privatrechtliche Bedeutung der Urkunde für das in ihnen beurkundete Recht bestimmen. So treffen wir Anteilscheine, denen die Statuten den bloßen Charakter von Beweisurkunden zur Erleichterung der Kontrolle bei großer Mitgliederzahl verleihen, andere wieder, mit denen die Kapitalbeteiligung, der Genossenschaftsanteil, oder mit diesem zusammen auch die Mitgliedschaft verknüpft sein soll.

Es stellt sich deswegen, wie beim Anteilschein der G. m. b. H. nicht die Frage, ob diese Urkunde allgemein ein Wertpapier sei oder nicht, sondern, ob ihr durch statutarische Bestimmung Wert-

papiercharakter[106]) gegeben werden kann mit der Folge, daß sie in praxi als solche zu behandeln und im Prozesse als solche zu verteidigen sind.

Emmenegger, der den Anteilschein als eine Verbriefung des Genossenschaftsanteils und extensiv der Mitgliedschaft ansieht, anerkennt dessen Wertpapier — und speziell Namenpapiercharakter. Er führt aus, daß bei der Kapitalgenossenschaft von den mitgliedschaftlichen Rechten die Vermögensrechte durchaus ausschlaggebend seien. Auf dieses Moment sei bei der Beurteilung des Mitgliedschaftsrechts abzustellen und nicht auf die „reine Aeußerlichkeit", daß die Mitgliedschaft durch Eintritt erworben werde und durch Austritt verloren gehe. Die Zeichnung von Anteilscheinen spiele schon längst eine viel größere Rolle als die schriftliche Beitrittserklärung. Der genossenschaftlichen, im Anteilschein verbrieften Mitgliedschaft, anerkennt er vor allem den Charakter eines Vermögensrechts. Die Mitgliedschaft zu einer Kapitalgenossenschaft sei nicht so persönlich, „daß dadurch ein wesentlicher Unterschied zur Aktie" konstruiert werden könne. So kommt er zum Schluß, daß die Verbriefung in einem Wertpapier durch den Charakter des genossenschaftlichen Mitgliedschaftsrechts nicht zum voraus ausgeschlossen sei. Der Anteilschein als Namenpapier entspreche tatsächlich der „etwas persönlich" gefärbten Mitgliedschaft der Genossenschaft am besten[107]).

Die Tatsache, daß die Zeichnung eines Anteilscheins zum wichtigsten Momente, die Beitrittserklärung zum sekundären, unwichtigen Requisit gemacht wird, zeigt die große Umwandlung, die sich im Geiste der Genossenschaft vollzogen hat. Die Praxis hat aus dem Anteilschein die beurkundete Mitgliedschaft gemacht und in vielen Fällen bewußt die Eigenschaften eines Wertpapiers damit verknüpft. In den Augen der Genossenschafter ist im Papier der ganze Komplex genossenschaftlicher Rechte verbrieft, er geht mit der Urkunde über, wird damit verpfändet, verkauft, zur Nutznießung übergeben. Die Beitrittserklärung gibt derjenige ab, der den Genossenschaftsanteil zur wirklichen Ausübung persönlicher Rechte erwirbt, sonst wird auch diese Formalität — die von vielen

[106]) D. h. ob die Uebergabe des Scheins zur Gültigkeit der Abtretung des Genossenschaftsanteils und damit der Uebertragung der Mitgliedschaft gemacht werden könne.

[107]) Vgl. S. 41 ff.

Genossenschaften übergangen wird, unterlassen. Die Präsentation der Urkunde legitimiert zur Einziehung der auszuzahlenden „Dividende".

Daß so gehandhabte Anteilscheine, wenn es der Verkehr verlangt und eine solche Uebung es begründet, als Wertpapiere, in diesem Falle als Namenpapiere angesehen werden, wie es Emmenegger unter dem geltenden Rechte tut, ist rein juristisch einwandfrei. Seine Ausführungen können erst im Momente angefochten werden, in dem er für alle frei oder beschränkt übertragbaren Anteilscheine die Präsumption der Wertpapiereigenschaft aufstellt und diese Entwicklung als normal, gesund und vor allem de lege ferenda als zu befürworten bezeichnet. Man muß sich nicht verhehlen, daß wenn auch an vielen Beispielen das gute Gedeihen von sog. Kapitalgenossenschaften mit Anteilscheinen gezeigt werden kann, dies mehr an den allgemeinen gesunden wirtschaftlichen Verhältnissen der Schweiz liegt, als an der Sicherheit des aufgebauten Instituts. Auf alle Fälle bedeutet das schrankenlose Zulassen solcher Gebilde eine Zurückdrängung des genossenschaftlichen, auf wirtschaftliche Zusammenarbeit und Förderung gerichteten Geistes hinter kapitalistischen Prinzipien.

Die Ab- oder Anerkennung des Wertpapiercharakters des Genossenschaftsanteilscheines ist daher unter dem geltenden OR. eine Frage der Einstellung gegenüber der Kapitalgenossenschaft. Läßt man diese schrankenlos weiter zu, dann ist kein Grund vorhanden, dem Anteilschein den Charakter eines zirkulationsfähigen Wertpapiers abzusprechen, insbesondere seine Uebertragung durch Indossament nicht zuzulassen. Andernfalls soll ihm bloße Beweisfunktion zuerkannt werden.

Die Antwort auf die Frage nach der juristischen Natur des Anteilscheins ist demnach: Der Anteilschein ist generell kein Wertpapier. Doch können ihm statutarische Bestimmungen, deren Zulässigkeit nach geltendem Recht nicht zu leugnen ist, in gewissen Fällen Wertpapiercharakter geben. Präsumptiv ist, entgegen der Meinung Emmeneggers die Mitgliedschaft nicht an die Urkunde gebunden. Nach wie vor geschieht der Eintritt in eine Genossenschaft durch Beitrittserklärung und Annahme seitens der Genossenschaft.

Der Rev. E. IIII trifft hier nun eine klare, und m. E. vom wirtschaftlichen wie juristischen Standpunkte gutzuheißende Regelung.

Die erste Revisionsvorlage (Rev. E. I. von 1919) suchte sich, wie wir bereits in Kap. 1 andeuteten, der durch die Praxis geschaffenen kapitalistischen Genossenschaftsform anzupassen. Der Kapitalgenossenschaft wird freies Feld gelassen, sie wird sozusagen als regelmäßige Erscheinungsform aufgefaßt. Die Statuten können die Uebertragungsmöglichkeit des Genossenschaftsanteils und mit diesem zusammen der Mitgliedschaft vorsehen. Erleichtert wird die Uebertragung durch die ausdrückliche Zulassung von Anteilscheinen, in denen sich, wie die Botschaft zum Rev. E. I (Seite 153) ausführt, „die Mitgliedschaft in gewissem Sinne verkörpert". Die Bestimmungen über die Namenaktie sollen, analog angewendet, auch für die juristische Behandlung des Anteilscheins gelten. Ein Zweifel an der Sanktionierung der Wertpapiernatur des Anteilscheins nach der Regelung des Rev. E. I kann nicht aufkommen. Die bereits im Rev. E. I aufgenommene Brunner'sche Definition der Wertpapiere gilt deutlich für die Namenaktie und folglich für den Anteilschein. Nach dem Rev. E. II von 1923 kann durch statutarische Bestimmungen dem Anteilschein desgleichen auch Wertpapierfunktion verliehen werden (Art. 848).

Inzwischen nahm das Bundesgericht im Jahre 1927 prinzipiell wieder Stellung zu der Frage der Anteilscheine. Seine Ausführungen zu folgendem kurz zusammengefaßtem Fall[108]), scheinen auf die Regelung des Rev. E. III entscheidenden Einfluß ausgeübt zu haben.

Eine Genossenschaft A, deren Kapital von 1500 Fr. in 15 auf den Namen lautende und nur mit Zustimmung des Vorstandes übertragbare Anteilscheine von je Fr. 100 eingeteilt war, kaufte eine Liegenschaft. Sämtliche 15 Anteilscheine gelangten in der Folge in die Hand eines einzigen Genossenschafters B. Letzterer schließt mit einem dritten C einen als „Vereinbarung und Abtretung" bezeichneten Vertrag ab, worin C gegen Entgelt in die Genossenschaft eintritt und die betreffende Liegenschaft auf seine Rechnung, als Genossenschaftsinhaber, übernimmt. C erhält die sämtlichen 15 Genossenschaftsanteilscheine und wird damit einziger Genossenschaftsinhaber.

---

[108]) BGE. 53. II. 289 ff. Vgl. ferner die Entscheide 27. II. 530 und 31. II. 677.

Die Klage des B auf Ungültigkeit des ganzen Geschäft stützt sich darauf, es handle sich beim abgeschlossenen Rechtsgeschäft um einen verschleierten Grundstückkauf, der mangels öffentlicher Beurkundung ungültig sei. Auf Grund der Abtretung der Anteilscheine sei C nicht Genossenschafter geworden, weil die statutarische Bestimmung über den Erwerb der Mitgliedschaft nicht eingehalten worden sei[109]). Entgegen dem Standpunkt des Beklagten C, der die Uebertragung sämtlicher Genossenschaftsanteilscheine als rechtlich zulässig und zur Begründung der Mitgliedschaft und daher des alleinigen Verfügungsrechtes über die Liegenschaft ansah, verfocht das Bundesgericht in Bestätigung der kantonalen Instanzen folgenden Standpunkt:

Es sei davon auszugehen, daß die Mitgliedschaft bei einer Genossenschaft nur durch Beitrittserklärung und Aufnahme erworben werde und durch Austritt oder Ausschließung verloren gehe. Sie sei mithin durchaus persönlicher Natur und behalte diesen Charakter auch bei, wenn von der Genossenschaft — auf den Namen lautende — Anteilscheine ausgestellt werden, wie es hier geschehen sei. Eine Verselbständigung des Mitgliedschaftsrechts im Sinne einer wertpapiermäßigen Verbriefung in solchen Urkunden (wie bei der Aktie) dergestalt, daß deren Uebertragung den Erwerber ohne weiteres zum Genossenschafter machen würde, findet nicht statt. Die Anteilscheine verbriefen lediglich die genossenschaftlichen Forderungsrechte der darin genannten Personen in Bezug auf Dividende, Zinse und Liquidationsquote. Ihre Uebertragung bewirke daher auch nicht die Nachfolge in das Mitgliedschaftsrecht als solche, sondern bloß den Uebergang jener vermögensrechtlichen Ansprüche auf den Erwerber.

Die prinzipielle Einstellung dieses Urteils ist, wie wir sehen werden, mit der von uns verteidigten vollständig im Einklang.

3. Die Regelung des Rev. E. III.

Der Rev. E. III erwähnt im Zusammenhang mit der Ordnung des Inhalts der Mitgliedschaft ausdrücklich zwei getrennt zu behandelnde Urkunden. Er unterscheidet eine Beurkundung der Be-

[109]) § 3 der betreffenden Statuten lautet: „Die Aufnahme erfolgt durch den Vorstand auf schriftliche Anmeldung hin".

teiligung am Genossenschaftskapital, am Genossenschaftsanteil, in einem „Anteilschein", ferner eine Verbriefung der Mitgliedschaft, in einer Art Legitimationsausweis, die „Mitgliedschaftsurkunde" genannt wird. Beide Urkunden können nur auf den Namen des berechtigten Genossenschafters ausgestellt werden. Durch zwingende Bestimmung des Art. 840,3 wird das Verbot ausgesprochen, sei es den Anteilschein, sei es die Mitgliedschaftsurkunde als Wertpapier auszugeben. Ihr juristischer Charakter soll derjenige schlichter Beweisurkunden sein.

Die erwähnte Trennung des Anteilscheins und der Mitgliedschaftsurkunde ist die logische Folge der im Rev. E. III durchgeführten getrennten Behandlung des Genossenschaftsanteils als Ausdruck der Vermögensrechte des Genossenschafters einerseits und der Mitgliedschaft als Komplex aller Rechte des Mitgliedes andererseits.

Nach dem Rev. E. III Art. 838 und 840 kann auch durch statutarische Bestimmung vom Grundsatz der persönlich gebundenen Mitgliedschaft nicht abgewichen werden. Diese kann mit dem Genossenschaftsanteil nicht derart verbunden werden, daß mit dessen Abtretung durch einfaches Rechtsgeschäft oder durch die Uebergabe der Urkunde die Mitgliedschaftsrechte voll auf den Erwerber übergehen. Ebenfalls begründet die bloße Uebergabe einer allfälligen Mitgliedschaftsurkunde noch kein Mitgliedschaftsverhältnis als solches.

Kann man sich vom Standpunkte einer persönlicheren Gestaltung der Genossenschaft mit der hier dargestellten Regelung im allgemeinen einverstanden erklären, so wird doch ein spezieller Punkt Unklarheiten schaffen. Dies betrifft das generelle Verbot, den Anteilschein als Wertpapier auszugeben. Der Grund dieses Verbots ist, den Genossenschaftsanteil von der Börsenspekulation auszuschließen, hauptsächlich aber zu verhindern, daß in ihm die verkörperte Mitgliedschaft erblickt werde. Diesem Verbot gegenüber bestimmt Art. 838 m. E. aber sehr zweideutig: „Die Abtretung der Genossenschaftsanteile und wo über den Genossenschaftsanteil eine Urkunde ausgestellt worden ist, die Uebertragung dieser Urkunde, machen den Erwerber noch nicht ohne weiteres zum Genossenschafter; der Erwerber wird nur durch einen dem Gesetz entsprechenden Aufnahmebeschluß Genossenschafter.

So lange der Erwerber nicht als Genossenschafter aufgenommen ist, steht die Ausübung der persönlichen Mitgliedschaftsrechte dem Veräußerer zu".

Mit andern Worten: Die Veräußerung des Anteilscheins überträgt nicht die Mitgliedschaft als ganzes, sondern nur den vermögensrechtlichen Teil davon! Aehnlich wie der Genußschein der A. G. ist er demnach ein Wertpapier über Forderungsrechte gegenüber der Gesellschaft. Der Wertpapiercharakter des Anteilscheins wird in Art. 840 geleugnet, in Art. 838 de facto durch seine Stellung und Bedeutung für die Uebertragung der Vermögensrechte, anerkannt!

Dieser auf einer nicht präzisen Fassung des Textes des letztzitierten Artikels beruhende anscheinende Widerspruch könnte zu Mißdeutungen Anlaß geben. Läßt man den Text so bestehen, so wird man nicht verhindern können, daß die von kapitalistisch organisierten Genossenschaften — denen in Art. 841,1 bereits eine Konzession gemacht wurde — ausgegebenen Anteilscheine als Verkörperung von Forderungsrechten (Recht auf statutarischen Gewinnanteil oder Liquidationsquote) wertpapiermäßige Behandlung erfahren. Beabsichtigte man dies bewußt (was in Anbetracht der Regelung des Art. 841 nur zu befürworten ist), dann muß aber dem Anteilschein (ausdrücklich als Verbriefung von Forderungsrechten gegenüber der Genossenschaft, nicht als Mitgliedschaftsurkunde) Wertpapier-, und zwar Namenpapiercharakter anerkannt werden. Einzig bliebe das Verbot aufrecht, den Anteilschein zum Träger der Mitgliedschaft zu machen oder aber Mitgliedschaftsurkunden als Wertpapiere auszugeben. Dies einzig entspricht dem heutigen Stand der wirtschaftlichen Praxis. Damit bleibt aber der Genossenschaft, auch derjenigen mit kapitalistischem Einschlag, trotzdem der von berufener Seite dringend verlangte individualistische Grundcharakter.

Zum Schluß sollen noch einmal der leitende Gedankengang und die Ergebnisse dieser Arbeit kurz zusammengefaßt werden.

Ausgangspunkt unserer Darstellung war allgemein die Organisation der kollektivistischen Verbände.

Der juristische Aufbau organisch verschiedener Gesellschaften ist nicht eine bloß formale Konstruktion der Rechtswissenschaft. Der komplizierte Mechanismus des modernen Wirtschaftslebens mit seiner Stufenleiter größerer und kleinerer Unternehmungen mit verschiedenem Wirtschaftszweck, verlangt für die einzelnen Gruppen verschiedene Formen der Verbindungsmöglichkeiten. Unternehmungen von größerem Umfange, deren wirtschaftliche Aufgabe mit erheblichen Gefahren verbunden ist, verteilen das Risiko durch Beanspruchung fremder Mittel auf die Oeffentlichkeit. Zweckentsprechend nehmen sie die Gestalt kapitalistischer Vereinigungen an. Die finanzielle Beteiligung des Gesellschafters bestimmt dessen Mitgliedschaftsrechte, seine Haftung ist beschränkt, die Mitgliedschaft ist jederzeit durch einfaches Rechtsgeschäft, ohne Mitwirkung der Gesellschaft, übertragbar. Zur Erleichterung der Abtretbarkeit wird die Mitgliedschaft in einem Wertpapier beurkundet. Mit Hülfe dieser Wertpapiere werden festgebundene Werte freigemacht, dem Verkehr übergeben; Boden- und Industriewerte werden, in Urkunden verbrieft, mobilisiert, veräußert und damit für den Betrieb der Unternehmung Kredit gewonnen. Als Typus dieser Gesellschaftsform lernten wir die A. G. kennen, als Beispiel für die wertpapiermäßige Verbriefung der Mitgliedschaft die Aktie. Bei der Betrachtung der verschiedenen Formen der Aktie war es mir vor allem daran gelegen, neben der Festlegung ihrer juristischen Natur, die an sie knüpfenden praktisch wichtigen Fragen zu beantworten.

Die Rechtsnatur der Anteilscheine der G. m. b. H. und der Genossenschaft als Beweisurkunden brachte ich in Zusammenhang mit der Struktur dieser Gesellschaftsformen. Bei beiden zeigte sich die gleiche Erscheinung: mit zunehmender Bedeutung der Kapitalbeteiligung und gleichzeitiger Zurückdrängung individualistischer Momente werden dem Anteilschein immer weitergehende Funktionen für die Ausübung mitgliedschaftlicher Rechte und für die Uebertragung der Mitgliedschaft gegeben. Kurz, der Anteilschein wird zum Wertpapier. Je persönlicher dagegen die Gestaltung des Mitgliedschaftsverhältnisses ist, desto verschwindender wird seine Bedeutung. Dabei zeigte gerade die Entwicklung der Genossenschaft in der Schweiz, wie die Tendenz des heutigen Verkehrs sich deutlich in der Richtung einer Loslösung der Mitgliedschaft von der Persönlichkeit des Gesellschafters äußert. Die Revision des OR.

versucht hier dieser Entwicklung bei der Genossenschaft entgegenzutreten und einer solchen bei der G. m. b. H. vorzubeugen. Wer obsiegen wird, der Verkehr oder das Gesetz, ist nicht vorauszusagen, wenn auch bei der Straffheit der Regelung des Rev. E. III ein Sieg des Gesetzes nicht unwahrscheinlich und auf alle Fälle, wie unsere Ausführungen zeigten, zu befürworten ist.